Wie verhält sich der handelsgeschäftliche Werklieferungsvertrag (§ 381 Abs. 2 HGB.) zum Bürgerlichen Gesetzbuch?

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Edgar Großmann

aus Strasburg (Westpreußen)

Referendar am Königlichen Landgericht zu Danzig.

Approbiert am 19. Dezember 1908.

Königsberg i. Pr.

Buchdruckerei D. Kahan Erben

1910.

Referent: Universitäts-Professor Dr. Oertmann

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit zugeeignet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0002

Literaturverzeichnis.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht. Bd. 2, 1. 1884.
Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1904.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.
Dankwardt, Die locatio conductio operis. In Jherings Jahrbüchern Bd. 13.
Denkschrift zum Handelsgesetzbuch.
Dernburg, Bürgerliches Recht. Bd. 2. 2./3. Aufl. 1906.
Dernburg, Pandekten. 2./3. Aufl. 1903.
Deutsche Juristenzeitung.
Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag. In Jherings Jahrbüchern Bd. 48.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1905.
Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach Bürgerlichem Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 43.
Eck-Leonhard, Bürgerliches Recht. 1903.
Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag. In Jherings Jahrbüchern Bd. 27.
Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag. 1899.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. 1899.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 8. Aufl. 1903.
Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kauf. Diss. 1900.
Engeling, Worin unterscheidet sich die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Mängel. Diss. 1902.
Enneccerus, Bürgerliches Recht. 3. Aufl. 1907.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
Fischer-Henle, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 6. Aufl. 1904.
Friedemann, Abgrenzung des Werkvertrags von verwandten Verträgen. Diss. 1904.
Gareis, Handbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. 1903.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 3. 1906.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.
Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag. 1898.
Heck, Über Handelsprivatrecht. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 92.
Hellmann in der Kritischen Vierteljahrsschrift 1903 Bd. 44.
Henle, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag. Diss. 1902.
Jacobi, Abnahmepflicht des Käufers unter Berücksichtigung der Abnahmepflicht des Werkbestellers. In Jherings Jahrbüchern Bd. 45.
Juristische Wochenschrift.

Kisch in der Kritischen Vierteljahrsschrift 1903 Bd. 44.
Kohler, Annahme und Annahmeverzug. In Jherings Jahrbüchern Bd. 17.
Kronacher, Der Werklieferungsvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB. Diss. 1906.
Kleinschmidt, Grenzbestimmung zwischen Kauf- und Werkvertrag. Diss. 1903.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.
Lehmann, Bedeutung der Ausdrücke Abnahme (Empfangnahme) nach Bürgerlichem Gesetzbuch und Handelsgesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 491 ff.
Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2. 1901.
Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. 1900.
Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Diss. 1903.
Litthauer-Mosse, Das Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1905.
Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 1. 1902.
Matthiaß, Das bürgerliche Recht. 4. Aufl. 1900.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1907.
Müller, Sachmängelhaftung des Unternehmers beim Werklieferungsvertrag unter Berücksichtigung des § 381 Abs. 2 HGB. Diss. 1907.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Münkel, Das Rechtsverhältnis aus § 651 BGB. Diss. 1899.
Neumann, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 4. Aufl. 1905.
Oberloskamp, Abnahmepflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. 1905.
Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Diss. 1903.
Oertmann, Die Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuche.
Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.
Poetsch, Der begriffliche Unterschied zwischen Werkvertrag, Werklieferungsvertrag. Diss. 1905.
Recht, Das.
Reichel, Der Werklieferungsvertrag. Diss. 1907.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (zit.: OLG.)
Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.
Rosenberg, Der Verzug des Gläubigers. In Jherings Jahrbücher Bd. 43.
Rudorff, Das Handelsgesetzbuch. 1898.
Scheer, Die Besonderheiten der Gewährleistung beim Handelskauf. Diss. 1903.
Schollmeyer, Die Erfüllungspflicht und Gewährleistung für Fehler beim Kauf. In Jherings Jahrbüchern Bd. 49.
Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Staudinger, Kommentar zu den Schuldverhältnissen. Bd. 2 b. 2. Aufl. 1906.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6./7. Aufl. 1900.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1907.
Seufferts Archiv.
Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung. Bei Gruchot Bd. 46 1902.
Sonnenbrodt, § 381 Abs. 2 HGB. Diss. 1901.
Unterholzner, Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. 1840.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1906.
Wittich, Zum § 651 BGB. bei Gruchot. Bd. 49.
Zager, Haftung für faktische Mängel bei Kauf- und Werkvertrag. Diss. 1902.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung: Das Verhältnis des Handelsgesetzbuchs zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1

I. Finden auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Kauf oder die über Werkvertrag Anwendung?

A. Die Behandlung des Werklieferungsvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch und in den früheren Rechten.

§ 2. Historischer Exkurs 4

§ 3. Definition des Werklieferungsvertrags 7

§ 4. Juristische Natur des Vertrags 9

a) In den früheren Rechten.

b) Im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Er ist

α) weder Kauf

β) noch Werkvertrag,

γ) sondern ein selbständiger Vertrag. Denn er unterscheidet sich

1. vom Kauf durch die Herstellungsverpflichtung,
2. vom Werkvertrag durch die Pflicht zur Eigentumsverschaffung.

§ 5. Unterschied zwischen dem Werklieferungsvertrag über vertretbare und dem über nicht vertretbare Sachen 12

a) Der erstere untersteht den Kaufvorschriften,

b) der zweite teils den Kauf-, teils den Werkvertragsbestimmungen.

§ 6. B. Behandlung des Werklieferungsvertrags im Handelsgesetzbuch 15

§ 7. Begriff des Handelsgeschäfts 16

§ 8. Bedeutung der Bestimmung des § 381 Abs. 2 HGB. 16

Der handelsgeschäftliche Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen untersteht dem § 651 BGB. Hierfür spricht:

a) die Widerlegung der entgegenstehenden Ansichten,

b) die Ausführungen der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch,

c) die praktischen Vorteile für den Handelsverkehr,

d) Entsprechende Gesetzesvorschriften.

§ 9. II. Welche Verschiedenheiten ergeben sich bei der einen und bei der anderen Annahme? 26

§ 10. Die Verschiedenheit in der Gewährleistung für Sachmängel.

a) In den Ansprüchen 27

Seite

b) In der Geltendmachung der Minderung 29
c) In der Geltendmachung der Schadensersatzansprüche . 34
§ 11. Der Übergang der Gefahr 35
a) Beim Kauf mit der Übergabe (Begriff) 35
b) Beim Werkvertrag mit der Abnahme (Begriff) 37
§ 12. Beginn der Verjährung der Ansprüche. 42
a) Beim Kauf mit der Ablieferung (Begriff).
b) Beim Werkvertrag mit der Abnahme.
Sonstige Rechte und Pflichten des Bestellers bezw. Käufers.
§ 13. Rechte des Bestellers.
a) Rücktrittsrecht 43
b) Kündigungsrecht 45
1. Allgemeines Kündigungsrecht,
2. Wegen Überschreitung des Kostenanschlags.
§ 14. Pflichten.
a) Die Abnahmepflicht 46
b) Die Pflicht des Bestellers zur Mitwirkung 47
c) Die Pflicht zur Entrichtung der Vergütung 48
§ 15. Schluß: Zusammenfassung 49

Einleitung.

§ 1.

Das Verhältnis des Handelsgesetzbuchs zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Das Handelsgesetzbuch, das in seinen ersten beiden Büchern besondere Rechtsinstitute des Handels normiert, enthält im dritten Buch zum größeren Teil Materien, die schon im Bürgerlichen Gesetzbuch eine Regelung erfahren haben, und beschränkt sich lediglich darauf, ergänzend und zuweilen modifizierend einzugreifen. Abweichend hat es z. B. die Grundsätze über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten geregelt, sonst formbedürftige Rechtsgeschäfte, wie Bürgschaft, Schuldversprechen und Anerkenntnis, hat es zu formfreien gestaltet, wenn sie von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen werden. Gerade hier tritt das Wesen unseres Handelsgesetzbuchs deutlich hervor, gerade hier zeigt es sich, daß das Gesetzbuch nicht selbständiges Recht, nicht Normen, die keiner Ergänzung bedürfen, schaffen wollte, sondern daß ihm das strikte Gegenteil einer Gesetzeskodifikation vorliegt. Das Handelsgesetzbuch, so lehrt uns EG. z. BGB. Art. 2, kann nicht des bürgerlichen Rechts entraten, es will nicht einmal sein Geltungsgebiet festlegen in ähnlicher Weise wie es das Bürgerliche Gesetzbuch getan (EG. z. BGB.), sondern es erkennt die Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs prinzipiell auch für die von ihm geregelten Materien an und schließt sie nur insoweit aus, als es selbst abweichende Bestimmungen trifft.

„Die Rechtsinstitute[1]) des Handelsrechts sind nur zum geringsten Teile dem bürgerlichen Recht fremd. Überwiegend sind es dieselben Probleme, die nur nach Handelsrecht eine abweichende Lösung finden. Für das Handelsrecht ist der Zusammenhang ein unmittelbar gegebener, viele Verträge, wie z. B. Kauf, sind be-

[1]) Heck S. 442.

sonderen Rechtssätzen unterworfen, sobald Handelsrecht zur Anwendung kommt. Eine Eigentümlichkeit ist der typische Charakter der Handelsgeschäfte, deren Inhalt mehr ins einzelne ausgeführt ist, und bei denen oft auf die Verkehrssitte verwiesen wird."

Es ist die Tendenz dieses Gesetzes, ein Verkehrsrecht zu sein, das insbesondere Schleunigkeit in der Klarstellung der Verhältnisse bezweckt und sich dem Wirtschaftsleben anpaßt.

Der Kauf hat im Bürgerlichen Gesetzbuch eine ausführliche Normierung erfahren, die für das Handelsrecht auch zu gelten hat; für den Handelskauf, d. h. den Kauf, der von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes geschlossen wird, finden sich im Handelsgesetzbuch einige wenige Bestimmungen, die nur ergänzenden, nicht auch modifizierenden Charakter tragen. Der Werkvertrag ist im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 631—650 geregelt als durchaus selbständiger Vertrag, fast als Gegenstück zum Kauf, der emptio venditio, als Spielart der locatio conductio operis. Die Selbständigkeit und schier unüberbrückbare Scheidung ist nicht mehr gewahrt in dem sogen. Werklieferungsvertrag des § 651 BGB., d. h. im Vertrage, durch den sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen. Auf ihn hat das Bürgerliche Gesetzbuch vielmehr die Vorschriften über den Kauf für anwendbar erklärt durchweg dann, wenn eine vertretbare Sache herzustellen ist, und nur im übrigen hat es teilweise die Bestimmungen über den Werkvertrag in Geltung belassen, ohne jedoch alle Vorschriften über den Kaufvertrag auszuschließen. Der Werkvertrag, der von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes abgeschlossen ist, hat im Handelsgesetzbuch nicht Erwähnung gefunden; soweit nicht die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuches über Handelsgeschäfte abändernd eingreifen, ist er nur nach bürgerlichem Recht zu beurteilen. Der Werklieferungsvertrag, bei dem sich der Unternehmer verpflichtet, aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe eine vertretbare Sache herzustellen, unterliegt nach bürgerlichem Recht schon den Vorschriften über den Kauf, das Handelsgesetzbuch konnte ihn übergehen, ohne daß ein Zweifel darüber auftauchen durfte, wie er zu behandeln sei, wenn er von einem Kaufmann abgeschlossen wurde. Es war selbstverständlich, daß er dann durchaus als Handelskauf zu betrachten ist. Dagegen enthält das Handelsgesetzbuch eine Anordnung über den Vertrag, durch den sich der Unternehmer verpflichtet, aus einem von ihm zu be-

schaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen.

Am Ende des Abschn. 2, der Handelskauf überschrieben ist, sagt es in § 381:

„Sie (die in diesem Abschnitt für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften) finden auch Anwendung, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist".

Die Tragweite dieser Vorschrift zu untersuchen, ist unsere Aufgabe.

Wird durch die Norm des § 381 Abs. 2 HGB. der Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen schlechthin dem Handelskauf gleichgestellt, so daß ein Unterschied zwischen beiden Verträgen für das Handelsgesetzbuch nicht existiert, oder hat § 381 Abs. 2 lediglich die Bedeutung, daß die den Kauf des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergänzenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs im Abschnitt „Handelskauf" in gleicher Weise auch nur zur Ergänzung der Bestimmungen über den sonst im Bürgerlichen Gesetzbuch normierten Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare bewegliche Sachen heranzuziehen sind, für dessen übrige Bestimmungen nach wie vor das Bürgerliche Gesetzbuch maßgebend ist? Diese Frage haben wir uns vorzulegen und müssen zugeben, daß beide Auffassungen dem Gesetzeswortlaut nicht gerade entgegenstehen, wenngleich bei genauer Durchsicht des Textes der Zusammenhang zwischen § 381 Abs. 2 eher dazu führt, nur die besonderen Bestimmungen der §§ 371—380 auf den Werklieferungsvertrag anzuwenden, der Vorschrift des § 381 also eine beschränkte Auslegung zu gewähren. Beide Ansichten sind in der Literatur vertreten. Um zu ihnen Stellung zu nehmen, wird es nötig sein, auf den Begriff und das Wesen des Werklieferungsvertrages nach bürgerlichem Recht, auf sein Verhältnis zum Werkvertrag und speziell zum Kauf einzugehen, und wenn eine begriffliche Scheidung vorliegt, darzutun, ob diese auch im Handelsrecht notwendig fortbestehen muß.

I. Finden auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Kauf oder die über Werkvertrag Anwendung?

A. Die Behandlung des Werklieferungsvertrags im Bürgerlichen Gesetzbuch und in den früheren Rechten.

Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet dem Werklieferungsvertrag keinen selbständigen Abschnitt; es behandelt ihn kurz am Schlusse der Werkvertragsvorschriften in § 651, indem es sich mit Verweisungen auf Kauf- bezw. Werkvertragsbestimmungen begnügt.

§ 2.

Historischer Exkurs.

Um die juristische Natur des bürgerlichrechtlichen Werklieferungsvertrags festzustellen, ist es nötig, die Behandlung, die er in den früheren Rechten erfahren hat, zu erörtern. Denn wie jedes Gesetzbuch hat auch unser Bürgerliches Gesetzbuch nicht nur neues Recht geschaffen, sondern es hat sich die Erfahrung der anderen Rechte zunutze gemacht und die Rechtsinstitute, die für unser jetziges Recht passend erschienen, teilweise übernommen, teilweise umgestaltet.

Besonders das gemeine Recht und das allgem. Landrecht haben in vielen Beziehungen dem Bürgerlichen Gesetzbuch zum Vorbild gedient.

Im römischen Recht wurde der Vertrag, bei dem der Unternehmer eines Werks den Hauptstoff selbst zu beschaffen hatte, schlechthin als Kauf, nicht etwa als Werkverdingung angesehen, was aus folgenden Quellenstellen hervorgeht:

§ 4 I. D. 3, 24;
Gai, Inst. III § 147;
l. 2 § 1 D. 19, 2;
l. 20, l. 65 D. 18, 1.

Cassius meinte zwar, daß in diesem Falle hinsichtlich des Stoffes ein Kaufvertrag vorliege, hinsichtlich der Arbeit aber ein Mietsvertrag[1]) (materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem).[2]) Dadurch wurde die Einheit des Rechtsgeschäfts zerrissen.

Aber die herrschende Meinung war die, daß ein einheitlicher Vertrag vorliege, und zwar nur ein Kauf (placuit tantum emptionem et venditionem contrahi).

Die Arbeit trat nach Ansicht der Römer der Stofflieferung gegenüber in den Hintergrund, man war der Meinung, daß sich der Vertrag nicht wesentlich von der emptio venditio unterscheidet, da die Übereignungspflicht das Entscheidende sei. Diese Ansicht ist im gemeinen Recht beibehalten worden;[3]) doch hat sie zu unerfreulichen Ergebnissen geführt. Sie entsprach durchaus nicht den Anforderungen der Zeit an das Recht; es wurde in vielen Fällen unbillig und ungerecht gefunden, daß der Vertrag als Kauf behandelt wurde, obgleich die Vorschriften über locatio conductio vielfach bei weitem besser paßten.[4])

Völlig auf dem Standpunkt des römischen Rechts steht das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863. Es sagt in § 1244: „Hat sich der Übernehmer verpflichtet, den Stoff zu liefern, so ist der Vertrag als Kauf zu betrachten".

Das österr. Gesetzbuch von 1811 bestimmt in § 1158: „Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf- oder Lohnvertrag zu halten sei, wird vermutet, daß derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellt habe. Hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert, so wird Kauf vermutet".

Es stellt also eine Präsumption i. S. des römischen Rechts auf für den Fall, daß die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

Von ganz anderen Gesichtspunkten aus behandelt das preuß. allgem. Landrecht den Vertrag. In erster Linie haben wir den Lieferungsvertrag des Teil I Titel 11 auszuscheiden, der ganz selbständig dasteht und den Fall behandelt, daß sich jemand verpflichtet, eine bestimmte Sache für einen gewissen Preis zu verschaffen.

---

[1]) Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 313.

[2]) § 4 I. D. 3, 24.

[3]) Unterholzner S. 348; Bechmann Bd. 2 S. 165; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 758; Dernburg, Pand. § 113 Anm. 9.

[4]) vgl. Ehrenberg S. 258.

Das allgem. Landrecht nun macht keinen Unterschied zwischen dem Falle, in dem der Unternehmer, und demjenigen, wo der Besteller den Stoff liefert, sondern es legt das Gewicht auf die Arbeit, die Herstellung des Werks. Es hat erkannt, daß die Lieferung bei einem solchen Vertrag nicht die Hauptsache ist, sondern daß diese der Arbeit des Unternehmers gegenüber in den Hintergrund treten müsse. Deshalb wendet es auch auf den Vertrag, bei dem der Unternehmer den Stoff selbst zu liefern hat, die Werkvertragsvorschriften an und schließt damit die Annahme eines Kaufes aus.

Ausdrücklich wird die Anfechtungsbefugnis bei der sogen. „laesio enormis“ in § 926 für diesen Fall ausgeschlossen. Es heißt dort: „Auch wenn der Werkmeister die Materialien herzugeben übernommen hat, kann ein solcher Vertrag unter dem Vorwande einer Verletzung über die Hälfte weder von einem noch dem anderen Teile angefochten werden“.

§ 928 besagt ferner: „In allen Fällen, wo ein Werk oder eine Arbeit einem Werkmeister oder Künstler angedungen worden ist, ist derselbe das Geschäft selbst auszuführen verbunden und kann die Ausführung wider Willen des Bestellers einem anderen nicht übertragen“.

Hierdurch zeigt das allgem. Landrecht, daß die Leistung der Arbeit als das entscheidende Moment anzusehen ist.

Der Unterschied zwischen gemeinem Recht und allgem. Landrecht wurde teilweise aufgehoben durch das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch. Nach Art. 338 wurde nämlich ein Vertrag, bei dem der Unternehmer eine vertretbare Sache zu liefern hatte, nach den Kaufgrundsätzen behandelt, nur bei unvertretbaren Sachen blieben die geltenden Partikularrechte bestehen, so daß ein derartiger Vertrag vor 1900 im Geltungsbereiche des gemeinen Rechts als Kauf, nach allgem. Landrecht aber als Werkvertrag behandelt wurde.

Der 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs folgte im wesentlichen dem gemeinen Recht. Er besagt im § 568: „Hat der Unternehmer sich verpflichtet, aus einem von ihm selbst zu beschaffenden Stoffe das Werk herzustellen und dem Besteller zu liefern, so finden auf den Vertrag, sofern nicht anderes vereinbart ist, die für den Kauf geltenden Vorschriften Anwendung“.

Man hatte also die Tätigkeit des Unternehmers gar nicht in Betracht gezogen; der Entwurf überläßt es zwar den Parteien, Vereinbarungen zu treffen; da solche aber selten in dieser Be-

ziehung getroffen werden, so war damit der Vertrag prinzipiell den Kaufvorschriften unterstellt.

Dagegen erhob sich ein großer Widerspruch in der Literatur. Besonders Ehrenberg[1]) wies auf die ungünstigen wirtschaftlichen Folgen bei dieser Regelung des Vertrages hin, er machte darauf aufmerksam, wie wenig Kaufvorschriften in vieler Beziehung paßten, und daß die Werkvertragsbestimmungen oft weit geeigneter seien.

Deshalb wurde § 568 im 2. Entw. gestrichen; an seine Stelle kam eine Bestimmung, die als § 651 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen wurde und den Werklieferungsvertrag folgendermaßen regelt: „Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung; ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen, so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs. 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462—464, 477—479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.

Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung".

§ 3.

Definition des Werklieferungsvertrage.

Ein Werklieferungsvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuch liegt vor, wenn sich jemand verpflichtet, als Unternehmer ein Werk herzustellen, und zwar aus einem Stoffe, den er selbst zu beschaffen hat.

Das Gesetz legt ihm dann die Verpflichtung auf, die hergestellte Sache dem Besteller zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, während der Besteller das Werk abzunehmen und die Vergütung zu entrichten hat. Wir haben es also mit einem Vertrage zu tun, der dem Unternehmer eine Reihe von Verpflichtungen auferlegt, die wir bei Kauf und Werkvertrag getrennt vorfinden; es ist eine Verbindung von Arbeit und Lieferung. Im

[1]) Ehrenberg S. 253ff.

Gegensatz zum Werkvertrag wird aber gefordert, daß der Unternehmer den Stoff liefert.

Nun kommt es natürlich oft vor, daß weder ein Teil noch der andere den ganzen Stoff hergibt, sondern daß beide daran beteiligt sind. Es fragt sich, ob man auch in solchem Falle von einem Werklieferungsvertrage reden kann.

Diese Frage wird nicht ohne weiteres zu beantworten sein; wir werden hierbei verschiedene Fälle auseinanderzuhalten haben.

Es kann der Unternehmer den Hauptstoff liefern und der Besteller nur einige Zutaten oder sonstige Nebensachen geben; dies wäre der Fall, wenn z. B. der Besteller eines Anzuges nur die Knöpfe hergibt. In diesem Falle liegt ein reiner Werklieferungsvertrag vor; denn es macht keinen Unterschied aus, ob der Besteller nichts liefert oder nur einige Nebensachen. Die Zutaten kämen nach § 947 oder § 950 BGB. ins Eigentum des Unternehmers.

Der Begriff der Zutaten und Nebensachen ist in solchen Fällen keineswegs feststehend; wir werden ihn im Einzelfalle mit Rücksicht auf die Absichten der Parteien und den Zweck, den die Sache für diese hat, zu entscheiden haben.

§ 651 Abs. 2 bestimmt entsprechend dem ebenerwähnten Fall, daß ein reiner Werkvertrag vorliegt, wenn sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Nebensachen verpflichtet hat.

Dagegen ist die Beantwortung der Frage schwieriger in den Fällen, in denen beide Parteien Gleichvieles oder Gleichwertes liefern. Hier kann der Wert der Arbeit so groß sein, daß der Unternehmer nach § 950 durch Verarbeitung oder Umbildung Eigentum erwirbt. Dann läge auch Werklieferungsvertrag vor; denn der Unternehmer müßte die hergestellte Sache dem Besteller übergeben und ihm das Eigentum daran verschaffen.

Ist der Wert der Arbeit aber erheblich geringer als der des Stoffes, dann können die von beiden Parteien gelieferten Stoffanteile wesentliche Bestandteile einer neuen Sache nach § 93 werden. Hier werden die beiden Teile nach § 947 Miteigentümer, der Unternehmer muß seinen ideellen Anteil übertragen.

Werden die Sachen aber nicht wesentliche Bestandteile einer neuen Sache, sondern können sie ohne weiteres voneinander getrennt werden, dann entsteht kein Miteigentum, sondern jeder Teil behält das Eigentum an seiner Sache.

Über die Bedeutung dieser beiden Vertragsarten herrscht in der Literatur Streit; es ist die Frage, ob ein solcher Vertrag als

Doppelvertrag oder als Werkvertrag [1]) oder auch als Werklieferungsvertrag [2]) zu bezeichnen ist.

Es wird natürlich in erster Linie auf die Absichten der Parteien ankommen. M. E. ist auch hier Werklieferungsvertrag anzunehmen; denn „aus § 651 direkt und § 651 Abs. 2 durch argumentum e contrario ist zu entnehmen, daß Werklieferungsvertrag stets vorhanden ist, wenn der Werklieferant den Hauptstoff liefert, selbst wenn der Besteller ebenfalls Hauptstoff liefert".[3])

Planck spricht, wie Riezler[4]) mit Recht sagt, nicht aus, wie denn das Eigentum übergehen solle. Er bringt folgendes Beispiel: Ein Goldarbeiter soll aus Gold, das er selbst beschafft, und einem diesem gleichwertigen Edelstein, den der Besteller liefert, einen Schmuck arbeiten. Das fertiggestellte Werk gelangt nach § 947 BGB. in das Miteigentum des Bestellers und des Unternehmers. Nimmt man einen Werkvertrag an, so bleibt es ungelöst, auf Grund welcher Bestimmung der Goldarbeiter die Eigentumsübertragung vorzunehmen hat; nimmt man dagegen Werklieferungsvertrag an, so ist er dazu nach § 651 ohne weiteres verpflichtet.

Abgeschlossen ist der Werklieferungsvertrag dadurch, daß die Parteien sich über das Werk, das hergestellt werden soll, sowie über die Vergütung, die nicht notwendig in Geld zu bestehen braucht, geeinigt haben.

Der Unternehmer hat eine nicht vertretbare oder dieser gleichgeachtete Sache herzustellen und nach ihrer Vollendung dem Besteller zu übereignen.

„Weder Rechte [5]) noch sonstige immaterielle Leistungen können Gegenstand des Werklieferungsvertrages sein, im Gegensatz zu Kauf- und Werkvertrag, sondern nur körperliche Werke; dies folgt klar aus § 651, da hier die ‚hergestellte Sache' zu übergeben ist."

§ 4.

Juristische Natur des Vertrages.

Was nun die Frage nach der juristischen Natur des Werklieferungsvertrages über nicht vertretbare Sachen im Bürgerlichen Gesetzbuche betrifft, so herrschte früher darüber ein großer Streit,

---

[1]) So Planck S. 390; Münkel S. 45.
[2]) Henle S. 53; Kleinschmidt S. 82; Emerich S. 31; Riezler S. 65.
[3]) Emerich S. 31.
[4]) Riezler S. 64.
[5]) Reichel S. 13.

ob der Vertrag ein Kaufvertrag sei, modifiziert durch die Vorschriften des Werkvertrages, oder ein Werkvertrag, modifiziert durch die Kaufvorschriften, oder ob er überhaupt keines von beiden, sondern ein „negotium sui generis“ sei.[1])

Diejenigen, die den Vertrag grundsätzlich für einen Kauf halten,[2]) haben die Protokolle[3]) für sich, welche besagen, „der Vertrag sei seinem Wesen nach ein Kaufvertrag, er enthalte nicht etwa neben dem Kaufvertrag einen Werkvertrag“.

Ebenso wie beim Kauf bleibt der Unternehmer Eigentümer des Stoffes, bis er das Eigentum rechtsgültig auf den Besteller überträgt.

Zur Übergabe und Eigentumsverschaffung ist der Unternehmer wie der Verkäufer rechtlich verpflichtet, es handelt sich also in erster Linie um ein Veräußerungsgeschäft. Da aber auch eine Arbeitsleistung in Frage kommt, sind an Stelle verschiedener Kaufbestimmungen die diesbezüglichen Werkvertragsvorschriften gesetzt worden.

Andere sind der Ansicht, es käme hier ein Werkvertrag in Frage,[4]) der nur durch gewisse Kaufvorschriften modifiziert sei. Dafür könnte man anführen, daß der Vertrag schon unter dem Titel „Werkvertrag“ geregelt ist, und daß auch § 433, der die Hauptbegriffsbestimmung des Kaufs enthält, ausgeschlossen ist. Hingegen kommen alle Vorschriften des Werkvertrags in Betracht, mit Ausnahme zweier Paragraphen, die hier überflüssig sind. Im Gegensatz zum Kauf kommt auch hier eine Arbeitsleistung sehr in Frage.

In diesem Sinne sagt Staudinger[5]): „Das Gesetz läßt den Charakter des Werklieferungsvertrages als einer Nebenart des Werkvertrages schon dadurch ersehen, daß § 651 für das ganze Gebiet desselben im Einklange mit § 631 auf seiten des Unternehmers die Vertragspflicht annimmt, das Werk herzustellen, also — was charakte-

---

[1]) vgl. Müller S. 41.

[2]) So Dernburg Bd. 2, 2 S. 511; Matthiaß Bd. 1 S. 598; Schollmeyer S. 109; Hachenburg S. 68; Kronacher S. 10; Levy S. 9.

[3]) Prot. Bd. 2 S. 310.

[4]) So Staudinger Bd. 2b S. 490; Makower Bd. 2 S. 1330 IIb; Wittich S. 285; Lotmar S. 212; Ehrenberg S. 285; Ochß S. 38; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 673; OLG. Breslau v. 9. 10. 1902 im Recht 1902 S. 556 Nr. 2570.

[5]) Staudinger Bd. 2b S. 490.

ristisch für den Werkvertrag ist — einen gewissen Erfolg durch eine gewisse Arbeits- und Schaffenstätigkeit zu erzielen".

U. E. liegt aber weder ein Kauf- noch ein Werkvertrag vor, sondern ein selbständiger Vertrag, der sogen. Werklieferungsvertrag, der in der Mittte zwischen diesen beiden steht.[1]) Er weist zu viele Unterschiede von jedem der beiden Verträge auf, als daß man ihn dem einen von ihnen zuerteilen könnte; denn während beim Werkvertrag die Tätigkeit des Unternehmers in erster Linie maßgebend ist und dieser seine Arbeit sogleich in das Vermögen des Bestellers verwendet, es beim Kauf dagegen sowohl auf Übereignung der Kaufsache wie auf Zahlung des Preises ankommt, finden wir beim Werklieferungsvertrag die Herstellungspflicht der eigenen Sache aus eigenem Stoffe des Unternehmers und dann als Hauptverpflichtung die der Übereignung.

Der Unternehmer, der selbst den Stoff liefert, verarbeitet seine eigene Sache; er muß „das Resultat der Leistung" erst besonders auf den Besteller übertragen. Dies ist dem Werkvertrag natürlich unbekannt; andererseits steht der Vertrag infolge der Arbeitspflicht des Unternehmers dem Werkvertrag näher als dem Kauf, dem diese Verpflichtung fremd ist.

Da der Werklieferungsvertrag sich also durch die Verschaffungspflicht vom Werkvertrag und durch die Pflicht zur Anfertigung vom Kauf scharf unterscheidet, können wir ihn mit Recht als einen selbständigen Vertrag bezeichnen. Er ist nach einer Definition Emerichs[2]) „der gegenseitige obligatorische Vertrag, durch den sich jemand gegen das Versprechen einer Vergütung zur Lieferung, d. h. Übergabe und Eigentumsverschaffung einer nicht vertretbaren Sache verpflichtet hat, die er zu diesem Zwecke herzustellen oder herstellen zu lassen hat".

Das Bürgerliche Gesetzbuch hätte dem Werklieferungsvertrag ebensogut einen besonderen Abschnitt mit einer Mehrzahl von Paragraphen widmen können; doch glaubte man mit § 651 auskommen zu können, indem man in diesem die Hauptbegriffsmerkmale des Vertrages, also die Verschaffungs- und Herstellungspflicht, statuierte

---

[1]) Ebenso Oertmann S. 668, 3; Emerich S. 28; Riezler S. 68; Crome Bd. 2 S. 703; Henle S. 52; Reichel S. 5; Friedmann S. 56; Müller S. 18; Kleinschmidt S. 78; Fischer-Henle, Überschrift zu § 651.

[2]) Emerich S. 28.

und sich im übrigen mit Verweisungen auf Kauf- und Werkvertragsvorschriften begnügte.

§ 651 unterscheidet zwei Arten von Werklieferungsverträgen, je nachdem der Unternehmer die Herstellung einer vertretbaren oder nicht vertretbaren Sache verspricht. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so läßt das Bürgerliche Gesetzbuch, wie oben schon erwähnt, nur die Kaufvorschriften zur Anwendung kommen.

§ 5.

Unterschied zwischen dem Werklieferungsvertrage über vertretbare und demjenigen über nicht vertretbare Sachen.

Wir haben nun zu prüfen, welcher Unterschied zwischen dem Werklieferungsvertrage über vertretbare und dem über unvertretbare Sachen besteht, und ob das Handelsgesetzbuch diesen Unterschied, den schon das allgem. deutsche Handelsgesetzbuch machte, ignorieren konnte.

Über den Begriff der vertretbaren Sache gibt § 91 BGB. Bescheid. Vertretbare Sachen sind danach solche bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt zu werden pflegen, die also, „da sie gegenüber Sachen der gleichen Gattung ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehren, nach der regelmäßigen Anschauung des Verkehrs diese ersetzen und von ihnen ersetzt werden können“,[1]) während unvertretbare bewegliche Sachen solche Sachen sind, die „mit Rücksicht auf ihre Eigenart, ihre besondere Leistung oder Anpassung an einen bestimmten Betrieb durch andere gleichartige nicht ersetzt werden können und auf diese Weise individualisiert erscheinen“.[2])

Da die Vorschriften nur dispositives Recht begründen, können die Parteien auch Sachen, die im Verkehr für vertretbar gelten, als unvertretbar ansehen und umgekehrt.

Der 1. Entw. eines Bürgerlichen Gesetzbuchs machte in § 568 keinen Unterschied zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen, sondern unterstellte den Werklieferungsvertrag im Anschluß an das gemeine Recht schlechthin den Grundsätzen des Kaufs. Doch mußte man einsehen, daß dies für manche Fälle nicht im

---

[1]) Staudinger Bd. 1 S. 264; vgl. JurW. 1903 S. 244.
[2]) Staub 8. Aufl. S. 1694.

geringsten paßte. Ehrenberg[1]) machte zuerst darauf aufmerksam, daß man sehr wohl unterscheiden müsse, „ob Massenartikel produziert, oder ob Verträge über speziell nach Weisung herzustellende Werke geschlossen würden".

Gerechtfertigt ist diese Scheidung durchaus; denn bei Herstellung vertretbarer Sachen tritt die Arbeit dem Arbeitsprodukt gegenüber durchaus in den Hintergrund, da solche meist auf Vorrat gefertigt werden und viele Abnehmer gewöhnlich leicht finden.

Es kann dem Besteller, der z. B. als Kaufmann mehrere tausend Kisten bestellt, um seine Waren zu verpacken, vollkommen gleichgültig sein, ob der Fabrikant diese schon fertig auf Lager hat, oder ob ihm sein Vorrat ausgegangen ist und er sie besonders herstellen muß. Er wird sich darum gar nicht bekümmern, es liegt ihm nur daran, die Kisten zu erhalten.

Ein solcher Vertrag aber wird zum einfachen Lieferungsvertrag, er unterscheidet sich vom Kauf in keiner Weise. Es ist somit ganz recht und entspricht den Verkehrsanschauungen sehr wohl, wenn er den Kaufvorschriften völlig unterstellt wird.

Ganz anders verhält es sich mit dem Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, bei dem nach individuellen Merkmalen bestimmte Sachen zu arbeiten sind. Dies ist ein rechter Arbeitsvertrag und verdient nach dieser Richtung hin dem Werkvertrag zur Seite gestellt zu werden, während er andererseits als Güterumsatzvertrag sich auch dem Kaufe nähert.

Unvertretbare Sachen werden regelmäßig für den Besteller besonders angefertigt und haben für einen anderen bei weitem nicht ein solches Interesse. So wird ein Anzug, den ich mir nach Maß beim Schneider bestellt habe, für mich einen viel größeren Wert haben als für einen anderen. Denn da er für mich gearbeitet ist, wird er mir auch passen; dagegen ist es schwerer, für ihn einen anderen Abnehmer zu finden. Die Vergütung, die ein Dritter dafür zahlt, wird entsprechend geringer sein.

Hingegen werde ich verlangen können, daß mir eine nach meinen Anweisungen bestimmt gestaltete Sache geliefert wird.

Es fragt sich nun, ob der Unternehmer auch verpflichtet ist, die Sache besonders herzustellen, oder ob er ein vorrätiges Werk liefern darf, das meinen Anforderungen entspricht. Bin ich gezwungen, wenn ich mir beim Kürschner eine Mütze nach Maß be-

---

[1]) Ehrenberg S. 256.

stellt habe, eine solche abzunehmen, die der Lieferant zur Lieferungszeit schon vorrätig hat, die aber in bezug auf Herstellung und Größe genau meinen Anforderungen entspricht? Käme ich in Verzug, wenn ich die Abnahme mit der Begründung verweigerte, ich verlange eine speziell für mich hergestellte Mütze, oder verstieße ich in diesem Falle etwa gegen Treu und Glauben? Bei einer Mütze kann es doch viel eher der Fall sein, daß der Kürschner eine genau passende auf Lager hat, als bei einem Anzug; doch hätten wir es hier ohne Frage mit einer unvertretbaren Sache zu tun. Die Protokolle heben S. 725 hervor, daß Übernehmer nicht neben der Verpflichtung, den Stoff als Verkäufer zu liefern, die Verpflichtung zur Herstellung übernommen habe; er sei zur Bearbeitung nur gezwungen, weil er eine bestimmt zu gestaltende Sache zu liefern hat, diese aber nicht liefern kann, ohne sie herzustellen.

Trotzdem käme ich m. E. nicht in Verzug, wenn ich die Abnahme aus oben angeführtem Grunde ablehnte,[1]) denn dadurch, daß ich mir habe Maß nehmen lassen und vielleicht besondere Anweisungen gegeben habe, habe ich zum Ausdruck gebracht, daß ich eine spezielle Anfertigung für mich wünsche; ich bin deshalb auch berechtigt, dies zu verlangen.

Der Unternehmer hat sich zur Herstellung nach § 651 BGB. verpflichtet; dieser Verpflichtung ist er nicht nachgekommen. Es fehlt dieser Sache in diesem Falle eine zugesicherte Eigenschaft;[2]) darin liegt eine Vertragsverletzung.

„§ 651 setzt an Stelle von § 433 den § 631; dies zeigt, daß eine Herstellungspflicht besteht, der Besteller also eine für ihn erfolgte Anfertigung verlangen darf. Er kann die Ware, die zwar seiner Bestellung entspricht, ablehnen, wenn sie nicht für ihn angefertigt wurde.“[3])

Die Herstellung des Werks ist also eine Vertragspflicht, sie ist Gegenstand des Vertrages,[4]) es besteht eine necessitas faciendi. Eine Klage auf Herstellung ist möglich,[5]) doch kann deren Erfüllung nicht erzwungen werden (§ 888 Abs. 2 ZPO.).

---

[1]) And. M. Emerich S. 36 Anm. 1, der darin einen Verstoß gegen Treu und Glauben sieht.

[2]) vgl. Planck S. 391 f.

[3]) Hachenburg S. 69 f.

[4]) vgl. Staudinger Bd. 2 S. 470; Emerich S. 20; Oertmann S. 376.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 511; and. M. Planck Bd. 2 S. 626.

Zwar besteht mangels besonderer Vereinbarung nicht eine Pflicht zur persönlichen Herstellung; eine solche Verpflichtung wäre aber dann selbstverständlich vorhanden, wenn jemand von einem berühmten Maler ein Porträt herstellen lassen würde. Gewöhnlich darf der Unternehmer aber das Werk von anderen anfertigen lassen, er muß jedoch alles dazu tun, daß das Werk vorschriftsmäßig zustande kommt. Er haftet sowohl für jedes Verschulden seiner Leute wie für rechtzeitige und sorgfältige Ausführung.

Treffend definiert Endemann[1]) den Begriff des Unternehmers, „daß einer als Chef und Leiter die Ausführung einer Arbeit gegen eine Vergütung übernimmt und es seiner Sorge überlassen bleibt, für Anstellung, Ablohnung und Aufsicht der erforderlichen Hilfskräfte zu sorgen".

§ 6.

B. Behandlung des Werklieferungsvertrags im Handelsgesetzbuch.

Da wir nun gesehen haben, daß der Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare bewegliche Sache ein „negotium sui generis" ist und sich vom Vertrage über eine vertretbare Sache sehr wohl unterscheidet, bleibt uns zu erörtern, ob auf diesen Vertrag, wenn er ein Handelsgeschäft ist, außer den besonderen Vorschriften über Handelskauf auch § 651 BGB. Anwendung findet, mithin die Bestimmungen über Werkvertrag und Kauf nach Maßgabe dieses Paragraphen gelten, oder ob er zum Handelskauf wird, folglich auch nur die Kaufvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches auf ihn angewendet werden können.

Der Unterschied ist von Bedeutung, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die wenigen im Handelsgesetzbuch enthaltenen Bestimmungen über „Handelskauf" im Grunde genommen keine irgendwie bedeutende Abänderung der materiellrechtlichen Normen über das Institut aufweisen, sondern mehr zur Ergänzung bestimmt sind mit Rücksicht auf das Verkehrsinteresse. Sie enthalten keine Bestimmungen, die spezifische Eigentümlichkeiten des Kaufes sind, können darum auch auf Nichtkaufgeschäfte, die Umsatzgeschäfte sind, eben auch auf unseren Werklieferungsvertrag über Nichtfungibilien, ohne weiteres angewandt werden. Von viel größerer Tragweite wäre es, wenn durch § 381 Abs. 2 HGB. unser Werk-

[1]) Endemann, Einführung Bd. 1 S. 788.

lieferungsvertrag durchaus als Kauf auch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelt würde.

Welche Unterschiede sich im einzelnen ergeben, je nachdem man der einen oder anderen Auffassung huldigt, soll an dieser Stelle nicht zur Erörterung gelangen; hier handelt es sich zunächst darum, Stellung zu der in der Literatur aufgeworfenen Streitfrage zu nehmen, zu sehen, welche Ansicht man als richtig gelten lassen kann. Zu diesem Zwecke müssen wir sehen, wann denn überhaupt ein handelsgeschäftlicher Werklieferungsvertrag vorliegt, und welche besonderen Vorschriften das Handelsgesetzbuch darüber trifft.

§ 7.

Begriff des Handelsgeschäfts.

Sehr oft wird es der Fall sein, daß ein Teil beim Werklieferungsvertrag Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs ist. Dann liegt ein Handelsgeschäft vor, wenn das Geschäft den Anforderungen der §§ 343, 344 HGB. entspricht, d. h. zum Betriebe des Handelsgewerbes gehört, oder doch von einem Kaufmann im Betriebe seines gewöhnlich auf andere Geschäfte gerichteten Handelsgewerbes geschlossen wird.

Nach § 344 HGB. wird vermutet, daß jedes von einem Kaufmann vorgenommene Rechtsgeschäft zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört. Auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile Handelsgeschäft ist, kommen die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung, soweit das Handelsgesetzbuch (§§ 377—379) nichts anderes bestimmt (§ 345).

§ 8.

Bedeutung des § 381 Abs. 2 HGB.

§ 381 Abs. 2 HGB. lautet:

„Die in diesem Abschnitt für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften finden auch Anwendung, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist".

Huldigt man der Ansicht, daß hierdurch der handelsgeschäftliche Werklieferungsvertrag zum Kauf wird, so wird der große Unterschied zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen verwischt, wenn ein Handelsgeschäft in Frage kommt. Und wie oft ist dies der Fall!

Bestellt man sich in einem Maßgeschäft einen Anzug oder in einem Eisengeschäft einen Hausschlüssel, immer wird der Vertrag ein Handelsgeschäft sein. Sollten diese Verträge wie ein reiner Kauf beurteilt werden, wenn ich mir aber bei einem Handwerker einen Anzug oder einen Schlüssel machen lasse, dann sollten die Werkvertragsvorschriften zur Anwendung kommen?

Unseres Erachtens besteht zwischen diesen beiden Fällen kein so tiefgreifender Unterschied, und wir wollen versuchen, die Gründe hierfür vorzubringen. In der Literatur werden beide Anschauungen vertreten. Namhafte Schriftsteller wollen den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen durchweg als Kauf behandelt wissen;[1]) zu ihnen gehören Endemann und Staub 6. u. 7. Aufl. Allein ihre Argumentationen sind nicht überzeugend, die von ihnen angeführten Gründe mehr formeller Natur. Die herrschende Meinung nimmt dagegen u. E. mit Recht an, daß § 651 BGB. zur Anwendung kommt, insoweit in den §§ 373—380 HGB. nichts anderes bestimmt ist.[2])

Doch hat fast niemand von den Schriftstellern, die auf dem Standpunkt stehen, den die herrschende Meinung vertritt, seine Ansicht zu begründen versucht. Einige erwähnen die Streitfrage überhaupt nicht, andere führen die Ansicht als selbstverständlich und keiner besonderen Begründung bedürfend an. Nur ganz wenige gehen etwas näher auf die Streitfrage ein.

Kronacher[3]) glaubt, m. E. nicht glücklich, schon aus dem Gesetzestext des § 381 entnehmen zu können, daß lediglich §§ 373 bis 380 HGB. anzuwenden sind. Er führt auch die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch an, die S. 228 besagt: „Auch auf diesen

---

[1]) So Endemann Bd. 1,2 S. 1102 Bem. 19; Staub 6. u. 7. Aufl. Bd. 2 S. 1245 Anm. 3, S. 1391 Anm. 2; Lotmar S. 183; Münkel S. 23; Sonnenbrodt S. 1; Ochß S. 63; Levy S. 10; OLG. Hamburg v. 23. 12. 1906, Bd. 9 S. 274; OLG. Karlsruhe in Bad. Rechtspr. 1901 S. 209.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 333 Nr. VI; Staub 8. Aufl. Bd. 2 S. 1694 Anm. 14, S. 1440 Anm. 15; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 678; Emerich S. 96; Goldmann Bd. 3 zu § 381; Lehmann-Ring Bd. 2 S. 186; Makower Bd. 2 S. 1331; Crome Bd. 2 S. 705 Anm. 20; Staudinger Bd. 2b S. 493; Müller S. 53; Kleinschmidt S. 61; Reichel S. 54; Gareis S. 358; Cosack S. 156; KG. v. 3. 5. 1907 in Leipz. Zeitschr. Bd. 1 S. 669; KG. v. 19. 2. 1903; DJZ. 1903 S. 322; OLG. Breslau im Recht 1902 S. 560; OLG. Colmar im Recht 1907 S. 387; OLG. Jena im Recht 1905 S. 22; OLG. Braunschweig im Recht 1907 S. 1331; OLG. Marienwerder v. 16. 11. 1906; OLG. Bd. 14 S. 382; RG. im Sächs. Arch. 1907 S. 206.

[3]) Kronacher S. 15.

Fall — nämlich den eigentlichen Werkvertrag — einzelne Rechtssätze vom Handelskauf für anwendbar zu erklären, ist nicht angezeigt".

§ 381 will nur den Zweifel beseitigen, der, wie die Denkschrift ausdrücklich bemerkt, beim Mangel einer ausdrücklichen Vorschrift darüber entstehen könnte, ob ein derartiges Geschäft den Vorschriften über den Handelskauf unterliegt. Für diejenigen, die den Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen allgemein als Kauf ansehen, wären die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs selbstverständlich gegeben, sobald ein Handelsgeschäft vorliegt; § 381 Abs. 2 hätte für sie keine Bedeutung. Aber für alle die, die im Werklieferungsvertrag keinen Kauf sehen, ist § 381 Abs. 2 nötig, da man ja sonst nicht wissen könnte, ob und inwieweit das Handelsgesetzbuch zur Anwendung gelangt.

Hören wir nun die Gründe der Schriftsteller, die sich dafür entscheiden, daß § 651 BGB. durch § 381 Abs. 2 HGB. ausgeschlossen sei. Es sind dies nur noch wenige, die heute noch auf diesem Standpunkt stehen. Staub hat in seinem Kommentar zum Handelsgesetzbuche in der 6. u. 7. Aufl. vor allem diese Anschauungen vertreten, und sehr viele haben sich seiner Ansicht zugewandt. Obgleich die neue Auflage des Kommentars die Ansicht nicht aufrechterhalten hat, müssen wir sie doch berücksichtigen, da Staub selbst sie doch gebilligt hat, und wir werden unten versuchen, sie zu widerlegen.

Außer Staub vertritt besonders Endemann diese Meinung. Er führt aus[1]): „Die Bedeutung der Abgrenzung des Werkvertragsbegriffes greife über das Bürgerliche Gesetzbuch hinaus. Das Handelsrecht stelle Sondernormen nur auf für Kaufverträge; die Werkverträge, die von Kaufleuten eingegangen würden, seien nach bürgerlichem Recht zu beurteilen". Dazu sagt er,[2]) „das Handelsgesetzbuch nehme in § 381 Abs. 2 eine selbständige Abgrenzung vor. Nach der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch bestehe ein sachlicher Grund nicht, die Vorschriften über den Handelskauf nur bei Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen (wie das Bürgerliche Gesetzbuch es wolle), ein Handelskauf liege vielmehr auch dann vor, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare Sache hergestellt werden soll".

---

[1]) Endemann Bd. 1 S. 1102.
[2]) S. 1102 Anm. 19.

Endemann befindet sich m. E. hier in einem Irrtum, er hat die Denkschrift falsch aufgefaßt. Er glaubt aus dieser schließen zu müssen, daß sie den Vertrag für einen Handelskauf gehalten, ihn also zu einem solchen gestempelt habe. Aber daß gerade das Gegenteil der Fall ist, sieht man ein, wenn man die Denkschrift im Zusammenhange liest. Sie besagt[2]):

„Weil ein sachlicher Grund nicht besteht, die Vorschriften über den Handelskauf nur bei Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen, so bestimmt § 353 des Entwurfs, daß die Vorschriften des Titels Handelskauf Anwendung finden, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist".

Hieraus geht m. E. schon zur Genüge hervor, daß nur von den §§ 373—380 HGB. die Rede sein kann. Die Denkschrift sagt nicht, daß sie den Vertrag einen Handelskauf nennt, sondern sie spricht nur von den Vorschriften des Titels „Handelskauf".

„Es besteht kein sachlicher Grund, die Vorschriften über Handelskauf nur bei Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen", d. h. hier (nämlich im HGB. §§ 373—380) brauche man nicht zwischen vertretbaren und nicht vertretbaren Sachen zu unterscheiden. Daß man im Bürgerlichen Gesetzbuch diesen Unterschied machen müsse, haben wir oben zur Genüge klargelegt, und darüber gibt uns das Bürgerliche Gesetzbuch in § 651 doch am besten Auskunft.

Wenn hieraus der Standpunkt der Denkschrift noch nicht genügend ersichtlich ist,[2]) dann muß der nächste Satz jeden Zweifel beseitigen. Es heißt dort weiter: „Hieraus ergibt sich u. a., daß, falls ein zweiseitiges Handelsgeschäft des fraglichen Inhalts vorliegt, der Besteller, obwohl nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Verjährung der Gewährleistungsansprüche hier nicht mit der Ablieferung — wie beim Verkauf —, sondern erst mit der Abnahme des Werks — wie beim Werkvertrag — beginnt, der Besteller also dennoch das Werk gemäß § 348 des Entw. z. HGB. unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen verpflichtet ist. Hat er dies getan und seine Rechte durch Anzeige gewahrt, so verjähren die Ansprüche erst von der Abnahme an.

Dadurch, daß die Denkschrift einen Unterschied zwischen Ablieferung und Abnahme macht, zeigt sie klar und deutlich, daß

---

[1]) Denkschr. S. 228.

[2]) vgl. Müller S. 47f.

sie die Vorschriften über Werkvertrag anwenden will, natürlich gemäß § 2 EG. z. HGB. erst hinter den speziellen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs. Beim Kauf verjähren die Gewährleistungsansprüche nämlich mit der Ablieferung (§ 477 BGB.), beim Werkvertrag dagegen mit der Abnahme. Aus welchem Grunde denn sonst hätte die Denkschrift diesen Unterschied zwischen Ablieferung und Abnahme machen sollen?

Da sich Endemann nur auf die Denkschrift stützt und keine anderen Gründe für seine Ansicht angibt, können wir diese wohl für widerlegt ansehen.

Die meisten anderen Schriftsteller, die sich zu dieser Ansicht bekennen, berufen sich entweder auf Endemann oder Staub.

Lotmar[1]) begründet diese Ansicht nicht, indem er nur sagt: „Der Vertrag ist nur ein Vertrag, und zwar kein Arbeitsvertrag, sondern ein Handelskauf, falls er wenigstens für eine Partei ein Handelsgeschäft ist".

Wir müssen nun sehen, warum Staub in der 6. u. 7. Aufl. diese Ansicht vertreten hat, und ob man seine Gründe vielleicht für stichhaltig ansehen könnte.

Staub[2]) sagt: „Nach Handelsgesetzbuch ist auch ein Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare bewegliche Sache, wenn er ein Handelsgeschäft ist, ein Handelskauf. Es ist dies zwar nicht in dieser allgemeinen Weise gesagt, es heißt nur, daß die Vorschriften über den Handelskauf Anwendung finden. Dies soll aber bedeuten, daß ein solches Geschäft überhaupt ein Handelskauf ist und daher in jeder Beziehung wie ein solcher zu behandeln ist, also auch im übrigen den Rechtsregeln über den Kauf unterliegt".

U. E. ist dieser Standpunkt nicht zu billigen. Wenn das Gesetz auf einen Vertrag die Vorschriften eines anderen Vertrages anwenden läßt, so will es damit noch keineswegs sagen, daß es damit den Vertrag zu dem anderen stempelt, daß also der eine Vertrag nun dem anderen gleichzustellen ist und überhaupt nur den Normen des Vertrages unterliegen soll, auf den Bezug genommen ist. Wenn dem so wäre, hätten wir den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache im Bürgerlichen Gesetzbuch auch nicht als negotium sui generis bezeichnen dürfen, sondern

---

[1]) Lotmar S. 183.

[2]) Staub 6. u. 7. Aufl. S. 1245 Nr. VI.

wir hätten sagen müssen: das Gesetz läßt die Vorschriften über Werkvertrag und Kauf anwenden, damit sagt es, der Vertrag ist eben teils Werkvertrag und teils Kauf, also ein Werkvertragskauf, wenn wir so sagen dürfen, und zwar nur das; wir dürften ihn keinen selbständigen Vertrag nennen.

Handelskauf ist ein Begriff, den das Handelsgesetzbuch aufstellt; „Handelskauf" ist das Kaufgeschäft des Bürgerlichen Gesetzbuchs unter der doppelten Voraussetzung, daß das Geschäft ein Handelsgeschäft ist (§§ 343, 344 HGB.), und daß Kaufobjekte Waren oder Wertpapiere sind.[1])

Nur das Kaufgeschäft des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann Handelskauf werden. Auf ein anderes Geschäft, also z. B. auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen, können zwar die Bestimmungen über Handelskauf Anwendung finden, ein solcher Vertrag wird aber darum nie wirklich zum Handelskauf und damit zum Kauf auch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Es hätte übrigens solche weittragenden Folgen, hier einen solchen Unterschied zwischen Handelsgeschäften und Nichthandelsgeschäften zu machen, daß das Gesetz diese unmöglich beabsichtigt haben kann; übrigens könnte § 651 BGB. auch nur sehr wenig zur Anwendung gelangen, da die meisten Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen Handelsgeschäfte sind.

Staub gibt an anderer Stelle auch selbst zu, daß die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch anscheinend auf anderem Standpunkt stehe, was Endemann verkannt hat.

Er bemerkt dazu noch[2]):

„Allein die Erklärung des Gesetzgebers, daß sämtliche Vorschriften über den Handelskauf gemeint sind, von denen einzelne ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind, kann nicht anders aufgefaßt werden als dahin, daß jenes gemischte Geschäft als Handelskauf betrachtet werden soll".

Nun sind wirklich sämtliche Vorschriften über den Handelskauf gemeint, das sind §§ 373—380 HGB. Aber was besagen diese denn? § 377 statuiert beispielsweise die sofortige Untersuchungspflicht des Bestellers, wenn es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt; § 380 enthält Bestimmungen über Berechnungen

---

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 333.

[2]) Staub 6./7. Aufl. Bd. 2 S. 1391 II.

des Gewichts und der Verpackung, Vorschriften, die für den Handelsverkehr förderlich sind, die dem Verkehrsleben angepaßt und darauf berechnet sind, die schleunige Abwicklung der Handelsgeschäfte zu erleichtern, mit anderen Worten, dem Verkehr in jeder Weise zu dienen und ihn zu heben. Da nun diese Vorschriften im allgemeinen Verkehrsinteresse gegeben sind, ist es nicht einzusehen, warum sie den Parteien beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag nicht ebenso zunutze kommen sollen wie beim Handelskaufe; warum sollte man ihnen hier die Erleichterung gewähren und sie ihnen da versagen? Im Gegenteil, es liegt im Interesse des Handels und Verkehrs, daß Bestimmungen, die zu seiner Förderung getroffen sind, nicht nur auf Kaufgeschäfte des Handels beschränkt, sondern auf alle ähnlichen Handelsgeschäfte ausgedehnt werden, wo sie ebenso von Nutzen sind, zumal beim Werklieferungsvertrage, der im Handelsverkehr nicht viel seltener vorkommen mag als der Kauf, und den Düringer-Hachenburg[1]) als zweites Grundhandelsgeschäft neben dem Kauf richtig bezeichnet.

Wenn Staub also sagt, daß die Handelskaufvorschriften ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind, so könnte man ihm entgegnen: Mit demselben Recht läßt sich die Ansicht vertreten, daß sie auch auf den Werklieferungsvertrag passen, sofern er Handelsgeschäft ist. Die Arten des Werklieferungsvertrags sind so mannigfaltig, er kommt so häufig im Handelsleben in den verschiedensten Formen vor, daß auch auf ihn wohl alle Vorschriften der §§ 373—380 HGB. zur Anwendung gelangen können.

Mit diesen Ausführungen glauben wir Staubs Begründungen widerlegt zu haben. Damit sind wir auch nicht an seine Folgerung gebunden, daß dieser Vertrag als Handelskauf zu betrachten sei. § 651 BGB. bleibt also bestehen, soweit er nicht durch die §§ 373 bis 380 HGB. verdrängt wird.

Fassen wir die Gründe hierfür nochmals zusammen, so zeigt uns in erster Linie die Denkschrift, daß der Gesetzgeber diese Absicht hatte. Diese muß uns hier maßgebend sein. Hätte das Gesetz deutlich etwas anderes bestimmt, so hätten wir uns daran halten müssen, wenn auch aus der Denkschrift hervorgegangen wäre, daß die eigentliche Absicht des Gesetzgebers auf anderes gerichtet war. Anders hier, wo der Gesetzestext verschiedene Auslegungen zuläßt. Als sachliches Argument könnte man die Unmög-

[1]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 324.

lichkeit der Gleichstellung des Werklieferungsvertrages über vertretbare und desjenigen über nicht vertretbare Sachen anführen. Wo das Bürgerliche Gesetzbuch einen solchen Unterschied macht, ist dies maßgebend auch für das Handelsrecht; es ist nicht zu leugnen, daß der Gegensatz hier ebenso besteht wie dort.

Ferner bestimmt uns die Erwägung der praktischen Rücksichten zu unserer Entscheidung. Abgesehen davon, daß es nicht immer ganz zweifelsfrei festzustellen sein wird, ob ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht, können wir die Werkvertragsvorschriften beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache gar nicht entbehren. Denn der Vertrag steht in manchen Beziehungen doch dem Werkvertrag so nahe, daß einzelne Kaufvorschriften gar nicht auf ihn passen. Es hätte solche nachteiligen Folgen für das Wirtschaftsleben der Parteien, wenn wir die Werkvertragsbestimmungen ausschlössen, daß uns die Rücksicht auf die Billigkeit, der Wunsch, sachgemäße Ergebnisse zu erzielen, schon zu deren Anwendung bestimmen müßten.

Wie völlig anders gestaltet sich das Verhältnis der Arbeit zum Arbeitsprodukt! Mit diesem letzten Moment hängt das Verbot der Gleichstellung von Kauf und diesem Geschäft zusammen.

Auch der Werklieferungsvertrag über Fungibilien ist kein Kauf. Nur der Umstand, daß hier das Produkt im Gegensatz zur Arbeitsleistung derart in den Vordergrund trat, daß es selbst ausschließlich als Gegenstand des Vertrags zu gelten hatte, gestattet die Gleichstellung beider grundsätzlich in ihrer Struktur selbständigen Verträge. Unstatthaft ist aber die Gleichstellung von Kauf und Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen. Die Gründe sind die gleichen wie diejenigen, die aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten die Scheidung zwischen Werklieferungsvertrag über vertretbare und nicht vertretbare Sachen geboten. Sachliche Argumente scheinen uns ausschlaggebend zu sein und drängen zu der Entscheidung, daß nur die Vorschriften der §§ 373—380 HGB. auf den Werklieferungsvertrag anzuwenden sind, während der Vertrag im übrigen den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf Grund des § 651 folgt. Wir müssen leugnen, daß das Handelsgesetzbuch jeden Unterschied zwischen Handelskauf und handelsgeschäftlichem Werklieferungsvertrag verwischen will. Und für unsere Meinung scheint auch das Handelsgesetzbuch selbst zu sprechen. Hätte es nämlich in dem handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über Nicht-

fungibilien nur einen Handelskauf gesehen, so müßte es überall aus dieser Maxime die Konsequenzen ziehen. In demselben Paragraphen, in welchem das Gesetzbuch den als Kommissionär erklärt, der es gewerbsmäßig übernimmt, Waren für Rechnung eines anderen im eigenen Namen zu kaufen oder zu verkaufen, wäre dann schon als selbstverständlich zu finden, daß derjenige, der sich mit dem gewerbsmäßigen Abschluß von Werklieferungsverträgen über nicht vertretbare Sachen befaßt, auch als Käufer bezw. Verkäufer zu gelten hat, ohne daß eine ausdrückliche Bestimmung noch nötig gewesen wäre. Das Handelsgesetzbuch ist aber nicht so verfahren und hat damit gezeigt, daß es nicht Kauf und Werklieferungsvertrag über nichtfungible Sachen identifizieren will. Am Ende des Abschn. 3 des 3. Buchs enthält das Handelsgesetzbuch eine besondere Vorschrift; es verordnet in § 406 Abs. 2: „Als Einkaufs- und Verkaufskommission im Sinne dieses Abschnitts gilt auch eine Kommission, welche die Lieferung einer nicht vertretbaren beweglichen Sache, die aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist, zum Gegenstande hat".

Hier kann der Gedanke wohl kaum auftauchen, daß jener Werklieferungsvertrag in seinen materiellen Vorschriften als Kauf geregelt ist und die Kluft, die nach dem bürgerlichen Gesetz zwischen beiden besteht, durch das Handelsrecht überbrückt ist. Denn in dem Abschnitt „Kommissionsgeschäft" wird jene Frage, die uns beschäftigt, gar nicht aufgerollt, da dieser Abschnitt nur das Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär normiert, nicht aber über das Geschäft Vorschriften aufstellt, das den Gegenstand der Kommissionen bildet, nämlich das Kaufgeschäft bezw. das Werklieferungsgeschäft. Für jene Ausführungsgeschäfte müssen die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes gelten, und damit muß die Scheidung des bürgerlichen Rechts zwischen Kauf und Werklieferungsvertrag aufrechterhalten bleiben. § 406 Abs. 2 HGB. hat nur untergeordnete Bedeutung. Er will im wesentlichen nur sagen, daß in gleicher Weise wie dem Einkaufs- und Verkaufskommissionär auch dem, der Werklieferungsverträge nicht als Properhändler gewerbsmäßig abschließt, Kaufmannsqualität zukommt. Für uns aber kann die Vorschrift zum Beweise dafür verwertet werden, daß das Handelsgesetzbuch keineswegs allgemein Kauf und Werklieferungsvertrag über Nichtfungibilien den gleichen Regeln folgen lassen will.

Auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen finden also in erster Linie §§ 373—380 HGB. Anwendung, selbstverständlich auch die allgemeinen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über Handelsgeschäfte, in zweiter Linie die Kauf- und Werkvertragsvorschriften nach Maßgabe des § 651 BGB. Dieser Ansicht, die auch sehr zweckmäßig ist, haben sich auch die meisten Schriftsteller und Entscheidungen angeschlossen.

§ 9.

II. Welche Verschiedenheiten ergeben sich bei der einen und bei der anderen Annahme?

Einen weiteren Beweis für ihre Richtigkeit bietet die Betrachtung der großen Verschiedenheiten, die sich ergeben, je nachdem man diesen Werklieferungsvertrag lediglich nach den bürgerlichrechtlichen Kaufvorschriften oder nach den Werkvertragsbestimmungen behandelt. Wollen wir diese feststellen, so müssen wir die durch § 651 BGB. ausgeschlossenen Kaufvorschriften mit den Werkvertragsbestimmungen, die an ihre Stelle gekommen sind, vergleichen.

Besonders die Sachmängelhaftung und der Gefahrübergang haben in diesen beiden Verträgen eine verschiedene Regelung erfahren.

Daneben sind naturgemäß auch gewisse Bestimmungen die gleichen. So in erster Linie natürlich die Kaufvorschriften, die § 651 bestehen läßt, z. B. die Vollziehung der Wandlung und Minderung. Ferner würden die besonderen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs, also sowohl die allgemeinen Vorschriften über Handelsgeschäfte wie auch die besonderen über den Handelskauf dieselben bleiben. Aber selbst von den durch § 651 BGB. ausgeschlossenen Paragraphen kommen einige zur Anwendung, dadurch, daß in den Werkvertragsvorschriften einfach auf sie verwiesen wird. So werden §§ 447, 477 – 479 BGB., die § 651 eigentlich ausschließt, durch §§ 644 Abs. 2 und 639 Abs. 1 ganz oder zum Teil wieder für anwendbar erklärt. § 651 hat sie jedenfalls nur ausgeschlossen, um Wiederholungen zu vermeiden. Andererseits ist § 461, der für den Werklieferungsvertrag gar nicht in Betracht kommt, durch § 651 für anwendbar erklärt worden.

Wir haben nun auf die Verschiedenheiten, die sich je nach der Behandlung des handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrages als Kauf oder als bürgerlichrechtlicher Werklieferungsvertrag ergeben, näher einzugehen.

§ 10.

Die Verschiedenheit in der Gewährleistung für Sachmängel.

Der Hauptunterschied in der Behandlung des Vertrags vom Kauf liegt auf dem Gebiete der Gewährleistung für Sachmängel, während bei Rechtsmängeln auf die Kaufvorschriften verwiesen wird. Der Unternehmer hat ähnlich wie der Verkäufer für Mängel zu haften, d. h. für Fehler des Werks und das Nichtvorhandensein von zugesicherten Eigenschaften einzustehen. Ein Verschulden seinerseits ist nicht erforderlich. Der Unterschied liegt in der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche.

a) Die Ansprüche.

Der Käufer kann nämlich, wenn die Sache, die ihm übergeben worden ist, zur Zeit der Übergabe mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit erheblich mindern, nach § 462 sofort Wandlung, d. h. Rückgängigmachung des Kaufs, oder Minderung, d. h. Herabsetzung des Kaufpreises, verlangen; hingegen muß der Besteller beim Werklieferungsvertrag dem Unternehmer erst eine angemessene Frist setzen mit dem Verlangen, die Sache nachzubessern, den Fehler zu beseitigen oder die zugesicherte Eigenschaft zu verschaffen. Ohne diese Fristsetzung kann der Besteller die Gewährleistungsansprüche nicht geltend machen,[1]) und dies mit gutem Recht. Denn der Verkäufer, der die Sache zumeist nicht selbst hergestellt hat, wird sehr oft gar nicht einmal in der Lage sein, sie auszubessern; der Käufer wird aber ein Interesse daran haben, sogleich eine fehlerfreie Sache zu erhalten und nicht eine erst ausgebesserte. „Der Gedanke einer nachträglichen Ausbesserung ist dem Besteller ebenso natürlich, wie er dem Käufer fernliegt.“[2])

Denken wir z. B., es kauft jemand ein Buch in einer Buchhandlung, und es stellt sich heraus, daß mehrere Blätter fehlen. Hier wird es weder im Interesse des Verkäufers liegen, eine Aus-

[1]) Beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag erklärt den Minderungsanspruch aus § 634, nicht aus § 462 für anwendbar OLG. Marienwerder v. 16. 11. 1906, ROLG. Bd. 14 S. 382. §§ 651 Abs. 1 u. 634 erklärt beim beiderseitigen Handelsgeschäft für anwendbar RG. v. 3. 5. 1907 in Leipz. Zeitschr. 1907 S. 669.

[2]) Ehrenberg S. 262.

besserung vorzunehmen; denn er hat das Werk gar nicht hergestellt und eingebunden, ist also gar nicht in der Lage, die fehlenden Blätter zu ergänzen; dem Käufer wird aber wohl etwas daran liegen, sofort das neue Buch zu erhalten, es wäre sehr unbillig, zu verlangen, daß er anstatt hier den Wandlungsanspruch geltend zu machen, erst eine Nachbesserungsfrist setze.

Ganz anders verhält sich die Sache bei einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache. Hier hat der Werklieferant den Gegenstand selbst angefertigt oder doch nach Vorschrift anfertigen lassen. Ihm wird es also auch viel eher möglich sein, eine Ausbesserung vorzunehmen, ja noch mehr, es wird ihm sogar sehr viel daran liegen, einen Fehler zu beseitigen, damit der Besteller mit dem von ihm gelieferten Werke auch zufrieden ist und sein Kunde bleibt. Warum sollte der Schneider einen schlechtsitzenden Maßanzug ohne Entgelt zurücknehmen müssen, wenn er ohne Mühe die Fehler beseitigen könnte? Sollte er die tagelange Arbeit umsonst verwandt haben? Wo bliebe denn da die Verkehrssicherheit, wenn der Handwerker immer darauf gefaßt sein müßte, daß seine Arbeit vergeblich sein werde, wegen eines Fehlers, den er nicht einmal verschuldet zu haben braucht, und den er leicht beseitigen kann? Diese Vorschriften, die dem Werklieferanten die nachträgliche Ausbesserung des fehlerhaften Werkes ermöglichen, bezwecken einen Schutz des armen Handwerkers, der für seine Kunden arbeitet, und dessen geringe Mittel es nicht gestatten, ein Werk, auf dessen Anfertigung er viele Kosten und lange Zeit verwandt hat, ohne Vergütung zurückzubehalten. Der Nachteil, den er hierdurch erlitte, wäre weit größer als der Schaden, den Besteller durch eine etwas verspätete Lieferung erleidet.

Was für den Handwerker zutrifft, gilt auch für den größeren Betrieb, z. B. für die Fabrik. Der Werklieferant hat eben den Stoff geliefert und die Arbeit darauf verwandt, das Werk fertigzustellen. Es muß nun auch als sein Recht betrachtet werden, daß er nachbessern darf, wenn ihm etwas nicht völlig gelungen ist.

Die Vornahme eines nachträglichen Ausbesserungsversuches ist aber nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Werklieferanten. Wenn der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels gestellt hat, ist Unternehmer verpflichtet, die Nachbesserung vorzunehmen. Jedoch darf er sie verweigern, wenn sie unmöglich oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwande möglich ist.

Die Frist kann schon vor Fertigstellung des Werkes gestellt werden, wenn nämlich der Besteller den Mangel schon vorher bemerkt hat, sie darf aber nicht vor dem Zeitpunkt ablaufen, zu dem das Werk abzuliefern ist; sonst ist sie nichtig. Sie muß angemessen sein, d. h. die Beseitigung muß regelmäßig innerhalb derselben möglich sein, und sie muß den Zusatz enthalten, daß Besteller nach ihrem Ablauf die Beseitigung ablehne.

Der Besteller kann natürlich auf Beseitigung eines Fehlers klagen. Anstatt dessen steht ihm auch das Recht zu, wenn der Unternehmer mit der Nachbesserung im Verzuge ist, selbst den Mangel auf dessen Kosten zu beseitigen, auch gegen seinen Willen.[1])

Läßt der Unternehmer die Frist, die Besteller ihm gesetzt hat, verstreichen, ohne nachzubessern, dann kann Besteller Wandlung oder Minderung nach seiner Wahl verlangen. Im Gegensatz zum Kauf, bei dem eine unerhebliche Minderung nicht in Betracht kommt, kann hier Besteller stets Minderung verlangen; das Wandlungsrecht steht ihm aber bei unerheblicher Wertminderung nicht zu.

In drei Fällen braucht der Besteller keine Frist zu setzen, sondern kann Wandlungs- oder Minderungsansprüche nach § 634 Abs. 2 sofort geltend machen,[2]) nämlich

1. wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, z. B. der Schuhmacher hat die Schuhe um mehrere Zentimeter zu klein angefertigt, so daß sie nicht mehr die entsprechende Größe erhalten können, oder

2. wenn der Unternehmer die Beseitigung verweigert, oder

3. wenn die sofortige Geltendmachung der Wandlungs- oder Minderungsansprüche durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird; z. B. es will jemand eine Bergtour machen und läßt sich zu diesem Zwecke ein Paar Bergschuhe machen, die kurz vor Antritt der Reise abgeliefert werden. Sind die Schuhe in diesem Falle nicht passend, so braucht der Besteller keine Nachbesserungsfrist zu setzen, sondern könnte ohne weiteres Wandlung verlangen.

b) Geltendmachung der Minderung.

Betreffs der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche wird vom Werkvertrag auf die Kaufvorschriften verwiesen. Diese

[1]) vgl. Planck Bd. 2 S. 599, 3; Dernburg Bd. 2, 2 S. 498.

[2]) § 634 Abs. 2 erklärt beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag für anwendbar RG. v. 19. 2. 1903 in DJZ. 1903 S. 322.

ist also bei beiden Verträgen die gleiche. Es könnte sich hierbei aber die Frage ergeben, welcher Zeitpunkt bei Geltendmachung der Minderung beim Werklieferungsvertrag für die Schätzung in Betracht kommt.

§ 472 Abs. 1 lautet: „Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde".

Welcher Zeitpunkt entspricht nun dem des Verkaufs beim Werklieferungsvertrag? Es ist insofern eine große Verschiedenheit, als die verkaufte Sache zur Zeit des Verkaufsabschlusses doch gewöhnlich vorhanden ist, während beim Werklieferungsvertrag die unvertretbare Sache doch erst angefertigt werden soll, also zur Zeit des Vertragsschlusses noch gar nicht existiert.

Es bestehen darüber drei Ansichten. Die einen meinen, daß auch in diesem Falle die Zeit des Vertragsschlusses maßgebend ist.[1]) So sagt Riezler S. 120: „Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in dem zur Zeit des Abschlusses des Vertrages der Wert der als bereits existierend zu fingierenden Sache in mangelfreiem Zustande zum wirklichen Werte gestanden hätte".

Dieser Ansicht nach müßte man sich also mit einer Fiktion helfen, man müßte fingieren, daß das Werk zu jener Zeit schon bestanden hätte. Denn hätte Besteller gewußt, daß er ein mangelhaftes Werk erhalten werde, so hätte er natürlich die Vergütung damals entsprechend geringer festgesetzt. Dem ist zu entgegnen, daß der Besteller ein mangelhaftes Werk nicht haben will, sondern natürlich ein fehlerfreies. Hätte er gewußt, daß Unternehmer ihm ein mangelhaftes Werk liefern werde, dann hätte er wohl nicht die Vergütung herabgesetzt, sondern auf Lieferung verzichtet und sich vielleicht an einen anderen Unternehmer gewandt. Dann wird es auch schwer sein, mit Bestimmtheit festzustellen, wie viel ein mangelhaftes Werk zur Zeit des Vertragsabschlusses, der vielleicht schon lange zurückliegt, wert gewesen sei. „Wie soll man denn eine Sache auf einen Zeitpunkt schätzen, da sie noch gar nicht existierte, mit Mängeln, die sie noch gar nicht hatte?"[2])

---

[1]) So Fischer-Henle zu § 634 Anm. 8; Riezler S. 120; Planck zu § 634 Nr. 4 S. 601; Engeling S. 49.

[2]) Crome S. 687 Anm. 58.

Dagegen ist Dernburg[1]) der Ansicht, man werde ermessen müssen, in welchem Verhältnis der Wert des fehlerhaften Werkes zum normalen zur Zeit der Ablieferung stand. Dies ist m. E. die richtige Ansicht, ja, man wird wohl noch weiter gehen können und sagen: „Es kommt auf die Zeit an, wo das Werk entweder wirklich[2]) abgeliefert wurde oder mangels Abnahme zur Verfügung des Bestellers gestellt wurde, bei nichtabnahmefähigen Werken auf die Zeit der Vollendung". Denn mit diesem Zeitpunkt ist Besteller erst in die Lage versetzt, das Werk zu besichtigen und etwaige Fehler zu entdecken. Von dieser Zeit an hat er erst ein Interesse an dem fertigen Werk; denn vorher wird er es gewöhnlich nicht zu Gesicht bekommen.

Beim Kauf wird der Käufer gewöhnlich Gelegenheit haben, sogleich beim Vertragsschluß die Sache zu besichtigen, von jetzt an hat sie schon einen Wert für ihn, sie ist gewöhnlich schon da, und er zahlt doch den Preis, den die Sache zu dieser Zeit wert ist; dagegen weiß der Besteller, daß er die Sache erst später erhält, sie besteht zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht und er will doch den Wert zahlen, den die Sache seiner Ansicht nach bei der Ablieferung haben wird. So kann man also sagen, sind die Kaufvorschriften „entsprechend angewandt".

Die dritte Ansicht, die von Oertmann[3]) vertreten wird, ist die, daß es auf die Herstellung ankomme, also auf die Vollendung. Diese wird aber gewöhnlich mit der Ablieferung zusammenfallen. Wird dem Besteller aber erst später die Abnahmemöglichkeit gegeben, so kann nach dem oben Gesagten doch nur der Wert zu dieser Zeit für Besteller in Betracht kommen. Im übrigen kommen für die Vollziehung die Kaufvorschriften ganz in Betracht, so daß dies nicht hier zu erörtern ist.

Wie wir oben hervorgehoben haben, stehen dem Käufer sofort die Wandlungs- und Minderungsansprüche zu, während das Recht des Bestellers beim Werklieferungsvertrag in erster Linie auf Abstellung der Mängel geht. Es fragt sich nun, ob dem Käufer ein solches Recht, Beseitigung zu verlangen, denn überhaupt nie eingeräumt ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch schweigt hierüber vollständig. Dies bedeutet, daß das Bürgerliche Gesetzbuch dieses

---

[1]) Dernburg Bd. 2 S. 499.
[2]) Crome Bd. 2 S. 686 Anm. 58.
[3]) Oertmann S. 638 Nr. 4.

Recht dem Käufer versagt.[1]) Ein Grund dafür ist wohl auch darin zu finden, daß Verkäufer gewöhnlich die Sache nicht selbst angefertigt hat und dann auch nicht in der Lage sein wird, einen Fehler zu beseitigen.

Nur in einem Falle muß er es tun, „wenn nämlich Käufer eine mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels erstand,[2]) Verkäufer sich aber verpflichtet hat, bis zur Lieferung noch für Beseitigung des Mangels zu sorgen". Wenn sich jemand z. B. beim Möbelhändler einen Glasschrank kauft, dessen Scheiben zerschlagen sind, und der Kaufmann sich verpflichtet, den Schaden bis zur Lieferung zu heilen, so hat der Käufer eine Klage auf Nachbesserung.

Wenn Verkäufer die Ware nach Vertragsschluß durch sein Verschulden beschädigt hat, so haftet er nach § 276 auf Schadensersatz.[3]) Dieser besteht nach § 249 in der Beseitigung des Mangels, also der Wiederherstellung des früheren Zustandes. Hier haftet er also nicht nach den Kaufregeln, sondern nach allgemeinen Grundsätzen.

Eine ganz andere Frage ist es, ob dem Verkäufer nicht unter Umständen Beseitigung eines Mangels gestattet werden muß, bevor dieser sich auf die Wandlung oder Minderung einzulassen braucht. Auch hierüber schweigt das Bürgerliche Gesetzbuch. In der Literatur wird gestritten. Während einige behaupten, daß „die Nichterwähnung dieses Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch der deutlichste Beweis dafür sei, daß es abgelehnt ist",[4]) und sich auf die Protokolle[5]) berufen, aus denen hervorgeht, daß ein diesbezüglicher Antrag abgelehnt worden ist, vertritt die herrschende Meinung einen anderen Standpunkt.[6])

---

[1]) vgl. Emerich S. 70; Crome Bd. 2 S. 447; Staudinger Bd. 2, 2 S. 87 VI b; Dernburg Bd. 2, 2 S. 55; Cosack Bd. 1 S. 451, 6; Planck S. 370 Anm. 4; Staub Bd. 2 S. 1358 Anm. 42; Makower Bd. 2 S. 1285; Müller S. 55; Zager S. 50; Ehrlich S. 75.

[2]) Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 114.

[3]) Oertmann S. 373a; Schollmeyer in Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 114; Cosack S. 451 V; Goldmann-Lilienthal S. 496; Staudinger Bd. 2, 2 S. 87 VI b; Müller S. 56.

[4]) Staub 6. u. 7. Aufl. Bd. 2 S. 1358 Anm. 43; Goldmann-Lilienthal S. 496; Endemann S. 988 Anm. 18; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 14 Anm. 14; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 316; Leistner S. 80ff.; Scheer S. 119; OLG. Frankfurt v. 27. 5. 1904 Bd. 9 S. 285f.

[5]) vgl. Prot. Bd. 1 S. 967f.

[6]) Staudinger Bd. 2b S. 87 VI b; Oertmann S. 373b; Cosack S. 451 V, 2; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 700; Planck S. 369 Anm. 4;

So führt das Reichsgericht aus[1]: „Wenn auch an sich das Bürgerliche Gesetzbuch ein Recht des Verkäufers, durch Nachbesserung das Wandlungsbegehren des Käufers zu beseitigen, nicht ausgesprochen hat, so muß doch in besonders gearteten Fällen unter Berücksichtigung der allgemeinen Bestimmungen der §§ 226, 157 u. 242 BGB. und § 346 HGB. ein solches Recht anerkannt werden, wenn nämlich die Ausübung des Wandlungsrechts seitens des Käufers nur den Zweck haben kann, dem Verkäufer Schaden zuzufügen, oder wenn aus dem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegenden Inhalt des Vertrages die Verpflichtung des Käufers zu folgern ist, die ausgebesserte Leistung gelten zu lassen".

Das Reichsgericht gibt also dem Verkäufer für die Regel kein Nachbesserungsrecht; es erkennt ein solches nur an, wenn eine Nachbesserung dem Käufer keinen Schaden bringt und eine sofortige Gewährleistungspflicht wegen Mängel unter Ablehnung des Besserungsangebots gegen Treu und Glauben verstieße. Auch die Motive[2] sagen, „es sei nicht ausgesprochen, daß Veräußerer nicht nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Erwerbers ausschließen könne". Dieser Ansicht wird man sich auch anzuschließen haben; entspricht es doch viel mehr den allgemeinen juristischen Prinzipien, daß ein berechtigtes Interesse, hier das des Verkäufers, nicht zwecklos, ohne daß ihm ein Interesse auf der anderen Seite entgegensteht, aufgeopfert werden darf. Darum wird der Verkäufer in vielen Fällen dem Wandlungsbegehren des Käufers durch die Bereitwilligkeit einer Nachbesserung wirksam begegnen können. Dann tritt in diesem Punkt der Unterschied zwischen den beiden Auffassungen des handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrags über nicht vertretbare Sachen nicht allzu schroff hervor. Er liegt darin, daß bei Subsumption unter § 651 BGB. der Unternehmer auf jeden Fall nachbessern darf, beim Kauf der Verkäufer aber nur unter ganz ge-

---

Fischer-Henle zu § 462; Zager S. 50; Ehrlich S. 76; Crome Bd. 2 S. 447; Emerich S. 70; Matthiaß Bd. 1 S. 498; Makower S. 1286; RG. Bd. 61 S. 94; KG. v. 19. 11. 1904 in OLG. Bd. 8 S. 65; RG. v. 8. 3. 1904 in JurW. 1904 S. 199; Engeling S. 35; Müller S. 58 ff.; OLG. Frankfurt vom 6. 12. 1906 im Recht 1907 S. 248 Nr. 436; RG. v. 27. 3. 1907 in JurW. 1907 S. 300 und im Recht 1907 S. 570 Nr. 1140b; RG. v. 6. 6. 1905 in JurW. 1905 S. 489.

[1]) RG. Bd. 61 S. 94.

[2]) Bd. 2 S. 227.

wissen Umständen eine Nachbesserung vornehmen kann, wenn nämlich die Interessen des Käufers dadurch in keiner Weise verletzt werden.

c) Geltendmachung der Schadensersatzansprüche.

Unterschiede ergeben sich weiter bei der Frage, wann wegen Sachmängel Schadensersatz zu leisten ist. Nach § 463 BGB. kann der Käufer Schadensersatz verlangen, wenn der Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, oder wenn der Verkäufer Mängel arglistig verschwiegen hat. Die Gewährung einer Nachfrist findet nicht statt.

Dagegen kann der Besteller anstatt Wandlung oder Minderung nur dann Schadensersatz verlangen, wenn der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat (§ 635). Dies wird dann der Fall sein, wenn ihn oder seine Hilfspersonen ein Verschulden trifft, oder wenn er ein Garantieversprechen geleistet hat.[1]) Im Zusichern von Eigenschaften, die das Werk haben soll, wird man noch nicht ohne weiteres ein Garantieversprechen sehen können, sondern nur die Übernahme einer Leistungspflicht; man wird eben beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft prüfen müssen, ob den Lieferanten ein Verschulden trifft. Ist dies nicht der Fall, dann ist zu untersuchen, „ob die Zusicherung als ein Garantieversprechen gemeint war".[2])

„Die Grundlage des Schadensersatzanspruchs beim Werklieferungsvertrag liegt im Anspruch auf Beseitigung des Mangels.[3]) Wenn keine Beseitigungsfrist gestellt ist, so ist nicht nur Wandlung und Minderung, sondern auch ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen."[4])

„Ist Besteller mit einer Klage auf Beseitigung durchgedrungen und hat Unternehmer die ihm nach § 283 gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen lassen, so kann Besteller Schadensersatz verlangen."[5]) Braucht eine Nachfrist nach den Bestimmungen des Gesetzes nicht gestellt zu werden, so behält der Besteller natürlich trotzdem diesen Anspruch auf Schadensersatz.

---

[1]) Fischer-Henle zu § 635.

[2]) Planck S. 375 II.

[3]) Dernburg Bd. 2, 2 S. 498.

[4]) So RG. Bd. 56 S. 81.

[5]) vgl. Dernburg S. 598; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 646; Cosack Bd. 1 S. 542.

Während also beim Kauf der Käufer Schadensersatz verlangen kann beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder bei arglistigem Verschweigen ohne Rücksicht darauf, ob Verkäufer den Mangel zu vertreten hat, wird für den Werklieferungsvertrag dieses letztere Erfordernis gestellt. Der Besteller muß dafür garantiert haben oder es muß ihn oder seine Gehilfen ein Verschulden treffen; andererseits ist der Anspruch nicht wie beim Kauf auf arglistiges Verschweigen und Fehlen von Zusicherungen beschränkt, sondern es können alle Fehler in Betracht kommen.

§ 11.

Der Übergang der Gefahr.

Aber nicht nur in der Haftung für Mängel besteht ein großer Unterschied zwischen beiden Verträgen, auch der Übergang der Gefahr ist bei beiden wesentlich anders geregelt. „Gefahrtragung heißt", um mit Crome[1]) zu sprechen, „die eigene Leistung machen müssen, während man die Gegenleistung nicht erhält." Denn man leistet rechtlich nicht um der Gegenleistung willen, sondern weil man dazu verpflichtet ist, und zwar aus einem rechtlichen Grunde, der schon zurückliegt. So kommt es natürlich vor, daß man seine Leistung bewirken muß, obwohl man die Gegenleistung gar nicht erhält, da die geschuldete Sache infolge eines Zufalls untergegangen ist. Hier spricht man von Gefahrtragung des ganzen Vertragsverhältnisses, d. i. periculum obligationis. Damit darf das periculum rei, die untergegangene Sache selbst, nicht verwechselt werden. Deren Gefahr hat der Eigentümer zu tragen. Das periculum rei kommt hier gar nicht in Betracht.

a) Beim Kauf.

Beim Kauf gilt folgendes: Der Verkäufer hat einen Anspruch auf die Gegenleistung regelmäßig dann, wenn er selbst, wie es ihm zukam, geleistet hat.

Nach § 446 Abs. 1 geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung mit der „Übergabe" der verkauften Sache auf den Käufer über, auch wenn die Eigentumsverschaffung erst später erfolgt. Der Verkäufer hat also, wenn er die verkaufte Sache dem Käufer übergeben hat, einen Anspruch

[1]) Crome Bd. 2 S. 414 Anm. 2.

auf Vergütung, selbst dann, wenn die Sache nach der Übergabe durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird.

Was ist nun unter diesem Begriff der Übergabe in § 446 zu verstehen, wann werden wir sagen können, daß die Sache übergeben ist? Wir haben hier im Gegensatz zur Eigentumsübergabe von der Besitzübergabe zu sprechen; durch die Übergabe der Sache ist dem Käufer der Besitz über den Kaufgegenstand zu verschaffen, die Übergabepflicht des Verkäufers ist also gleichbedeutend mit der Pflicht zur Übertragung des unmittelbaren Besitzes der Sache.

Es fragt sich, ob die Übergabe in diesem Falle durch constitutum possessorium oder durch Vindikationszession nach Maßgabe der §§ 930, 931 ersetzt werden kann?[1])

Daß die brevi manu traditio zur Übergabe genügt, ist klar; denn im Falle des § 929 befindet sich der Käufer schon im unmittelbaren Besitz der Sache, dem Erfordernis der Besitzübertragung ist von vornherein schon Genüge getan.

„Der maßgebende Gesichtspunkt für die Regelung des Gefahrübergangs ist der, daß dem Käufer die Möglichkeit der Überwachung der Sache gegeben ist.“[2]) Dies trifft bei der Übergabe durch brevi manu traditio natürlich zu; der Käufer hat die Sache schon im unmittelbaren Besitz und kann sie demgemäß auch bewachen. Es ist also anzunehmen, daß die Übergabe im Sinne des § 446 BGB. durch sie ersetzt werden kann.

Anders ist es jedoch bei Abtretung des Herausgabeanspruchs.[3]) Hier hat der Verkäufer noch nicht übergeben, weil er noch keinen unmittelbaren Besitz, sondern nur Eigentum verschafft hat. Käufer hat noch nicht die Möglichkeit der Überwachung der Sache, diese hat er erst dann, wenn ihm der Dritte die Sache wirklich herausgibt; also geht die Gefahr auch erst mit der wirklichen Herausgabe durch den Dritten über. Hier könnte man einwenden, daß Käufer den Gefahrübergang dadurch verhindern könnte, daß er Annahme der Sache verweigert; er könnte dann den Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach seinem Belieben hinausschieben. Dem ist zu entgegnen, daß Käufer nach § 293 BGB. in Annahmeverzug

---

[1]) Dies bejahen Fischer-Henle zu § 446 Anm. 1; Cosack Bd. 1 S. 418; Crome Bd. 2 S. 416; Schollmeyer S. 18; Oertmann S. 343; Dernburg Bd. 2 S. 30 III; and. M. Planck S. 348 b; Endemann Bd. 1 S. 950 Anm. 36.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 54.

[3]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 54.

kommt, wenn er die Annahme verweigert, und daß die Gefahr dann doch auf ihn übergeht. Der Verkäufer hätte also nur nötig, um die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen, den Dritten zur Herausgabe der Sache an den Käufer aufzufordern. Selbstverständlich können die Parteien auch vereinbaren, daß die Gefahr schon mit der Abtretung des Herausgabeanspruchs auf den Käufer übergehen solle.

Es bleibt noch zu erörtern, ob die Übergabe durch constitutum possessorium ersetzt werden kann. In diesem Falle erhält der Käufer doch den Besitz ebenfalls; er übt ihn nur durch den Verkäufer aus.[1]) Es ist hier etwas anderes wie im Falle der Abtretung des Herausgabeanspruchs. Während nämlich in dem einen Falle ein Dritter die Sache hat, den Käufer gar nicht zu kennen braucht, von dem er nicht weiß, ob er wirklich willens oder überhaupt in der Lage ist, ihm die Sachen zu übergeben, hat er es hier nur mit dem Verkäufer zu tun. Dieser allein überträgt ihm den mittelbaren Besitz. Er ist nun sehr wohl in der Lage, die Sache zu beaufsichtigen; er kann über sie verfügen, denn er kann sie doch jederzeit vom Verkäufer auf Grund seines Rechts herausverlangen. Aus diesen Gründen kann man das Besitzkonstitut als Übergabe im Sinne des § 446 gelten lassen.

Für den Handelsverkehr kommen noch die Fälle in Betracht, in denen die Übergabe eines Konnossements, Lade- oder Lagerscheins erfolgt. „Die Übergabe des kaufmännischen Dispositionspapiers vertritt hier die Übergabe der Ware; sie ist Besitzverschaffung an dieser. Mit der Übergabe dieser Papiere geht die Gefahr hinsichtlich des Papiers wie der verkauften Ware über.“[2])

b) Beim Werkvertrag.

Beim Werkvertrag dagegen geht die Gefahr mit der Abnahme auf den Besteller über (§ 644), bei nicht abnahmefähigen Werken mit der Vollendung. Kommt der Besteller in Annahmeverzug, so geht die Gefahr doch auf ihn über.

---

[1]) Dieser Ansicht besonders Staudinger S. 473c; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 54; Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 479 Anm. 2; and. M. Planck S. 348b; Endemann Bd. 1 S. 950 Anm. 36; Emerich S. 35, 44, die weder constitutum possessorium noch Vindikation gelten lassen.

[2]) vgl. Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 55; Staub 8. Aufl. S. 1328 Anm. 10.

Auch beim Kauf gibt es einen „Abnahme"begriff, doch bedeutet Abnahme beim Kauf etwas ganz anderes als beim Werkvertrag. Während Abnahme beim Kauf die tatsächliche Wegnahme bezw. Übernahme durch den Käufer ist,[1]) um die Verfügungsgewalt zu erhalten und den Verkäufer zu entlasten (aufferre), herrscht über den Begriff der „Abnahme" beim Werkvertrag Streit.

Man hat im wesentlichen drei Ansichten zu unterscheiden. Die erste Ansicht, die heute nur noch von wenigen Schriftstellern vertreten wird,[2]) ist die, daß „Abnahme wie beim Kaufvertrag (§ 433) lediglich die tatsächliche Hinnahme, nicht auch eine Billigung durch den Besteller umfaßt".

Ihr Hauptvertreter war Dernburg, der aber in der dritten Auflage der Schuldverhältnisse seine Meinung inzwischen geändert hat. Diese Anschauung wird damit begründet, daß es auch nicht abnahmefähige Werke gibt, während dies nicht der Fall wäre, wenn eine Billigung verlangt würde, denn jedes Werk könne man gutheißen.

Für diese Ansicht spräche vielleicht der gemeinsame Ausdruck in §§ 433 u. 640 BGB. Aber die Protokolle besagen uns,[3]) daß schon in der 2. Kommission Abnahme im Sinne des § 572 des Entwurfs (jetzt § 640) im anderen Sinne als als tatsächliche Wegnahme aufgefaßt wurde. Dies ergibt sich aber aus dem Zusammenhalt der gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 638 Abs. 1 u. 640 Abs. 2).

Die zweite Ansicht geht dahin, daß unter Abnahme sowohl die tatsächliche Übernahme des Werkes als auch die Billigung desselben als einer dem Vertrag entsprechenden Herstellung zu verstehen sei.[4])

Aber damit stände im Widerspruch, daß sich Besteller Rechte wegen bekannter Mängel bei der Abnahme vorbehalten darf (§ 640). Sollte er das Werk billigen und damit seiner Zustimmung über

---

[1]) vgl. Lehmann in DJZ. 1902 S. 491 ff.; Crome Bd. 2 S. 424; Planck Bd. 2 S. 333; Schollmeyer S. 38; Emerich S. 87; Dernburg Bd. 2 S. 35; Endemann Bd. 1, 2 S. 938; Lehmann S. 493; RG. Bd. 53 S. 162, Bd. 56 S. 175, Bd. 57 S. 109.

[2]) Schollmeyer S. 102; Jacobi in Jherings Jahrb. Bd. 46 S. 280; Cosack Bd. 1 S. 538; Hellmann in Krit. VSchr. Bd. 44 S. 126; Goldmann-Lilienthal S. 642.

[3]) Prot. S. 317.

[4]) Crome Bd. 2 S. 689; Endemann Bd. 1, 2 S. 795 Anm. 7; Dochnahl S. 299; Rosenberg S. 256; Riezler S. 135 ff.; Kisch S. 563; Planck Bd. 1 2. Aufl. S. 379.

das Gelingen Ausdruck geben, trotzdem er Mängel kennt, und sich Rechte wegen dieser bekannten Mängel dann noch vorbehalten können? Ganz mit Recht sagt Düringer-Hachenburg[1]): „Eine Billigung unter Vorbehalt der Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst". Man wird sich dieser Anschauung m. E. also nicht anschließen können.

Dagegen hat die dritte Ansicht viel für sich, die unter Abnahme tatsächliche Hinnahme sowie Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 versteht.[2])

„Das Gesetz sagt ‚Abnahme' anstatt ‚Annahme', weil es sagen will, daß eine Pflicht dazu besteht. In der Pflicht zur ‚Annahme als Erfüllung' liegt auch die Pflicht zur körperlichen tatsächlichen Abnahme."[3])

„Annahme als Erfüllung" heißt: Ich erkenne an, daß das Werk, das ich erhalten habe, dasjenige ist, das ich zu beanspruchen habe, das mir also geleistet werden soll. Ich bezeuge damit also, daß mein Anspruch betreffs der Sache befriedigt ist, daß ich keine andere Leistung erhalten habe als die, die ich zu beanspruchen hatte. Etwaige Mängel, die sich vielleicht später vorfinden können, habe ich natürlich damit nicht genehmigt, ich kann später immer noch prüfen und Ansprüche aus Fehlern, die das Werk etwa aufweisen sollte, geltend machen. Nur wenn das Geschäft ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, wenn also beide Kontrahenten Kaufleute sind, ist Besteller zur sofortigen Untersuchung und Mängelrüge verpflichtet. Aber wie Dernburg sagt[4]): „Treu und Glauben fordern, daß Besteller nach Abnahme nicht Prüfung und Billigung unverhältnismäßig in die Länge zieht. Es ist anzunehmen, daß Unternehmer auf Billigung klagen kann, wenn sie sich hinauszieht".

Auch das Reichsgericht[5]) hat sich dieser Auffassung angeschlossen. Es sagt: „Die Begriffe Annahme der Erfüllung (§ 341),

---

[1]) S. 327.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 327; Oertmann Bd. 2 S. 646; Prot. Bd. 2 S. 317; Emerich S. 46 u. 48 ff.; Fischer-Henle zu § 640; Endemann S. 794 Anm. 7; Planck Bd. 2 S. 609; Neumann zu § 640 Anm. 1; Dernburg Bd. 2, 2 S. 493; Staudinger Bd. 2b S. 468a; Lehmann S. 495 ff.; RG. Bd. 57 S. 338 f.; OLG. Hamburg in Seufferts Arch. Bd. 59 S. 361; Lehmann-Ring zu § 381; Kronacher S. 19; Enneccerus S. 952; Matthiaß S. 595; Eck-Leonhard-Staub 8. Aufl. S. 1441.

[3]) Düringer-Hachenburg S. 327.

[4]) Dernburg Bd. 2 S. 504.

[5]) RG. Bd. 57 S. 338 f.

Annahme als Erfüllung (§ 363) und Abnahme (§ 640) sind gleichbedeutend. Nicht jede bloß äußerliche Hinnahme der Leistung ist schon als Annahme der Erfüllung anzusehen. Doch genügt es, wenn Gläubiger die Leistung körperlich hinnimmt und dabei ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach dem Vertrage entsprechende anerkenne. Durch solches Anerkenntnis wird das Recht des Gläubigers, Mängel der Erfüllung zu rügen, nicht beseitigt, sondern nur „soweit Gläubiger den Mangel kannte, eingeschränkt (§ 640 Abs. 2), und im übrigen die Beweislast dafür, ob die Leistung dem Vertrage entspricht, umgekehrt (§ 363)".

Diese Auffassung dient sowohl den Zwecken des Unternehmers wie des Bestellers. Der Unternehmer hat ein Interesse daran, bald zu erfahren, ob Besteller das Werk als das geschuldete anerkenne, da es sich nachher viel schwerer feststellen läßt, ob alles vertragsmäßig hergestellt ist. Auch der Besteller erleidet dadurch keinen Schaden; denn er kann bei mangelhafter Herstellung Annahme ablehnen oder sich seine Rechte bei Kenntnis vorbehalten.[1] Aus allen diesen Gründen wird man geneigt sein, sich dieser Ansicht anzuschließen.

Man kann daraus also ersehen, daß es einen großen Unterschied für den Zeitpunkt des Gefahrübergangs ausmacht, ob man den Vertrag des § 381 Abs. 2 lediglich nach den Kaufvorschriften oder auch nach denen des Werkvertrags beurteilt. Während im ersteren Falle die Gefahr schon mit der körperlichen Übergabe auf den Erwerber übergeht, ist im zweiten Falle außerdem noch die Annahme des Werkes als Erfüllung erforderlich. Es genügt also nicht, daß der Schneider den Anzug in meiner Abwesenheit in meinem Zimmer läßt, ich muß zum mindesten Gelegenheit haben, ihn abzunehmen und damit zum Ausdruck zu bringen, daß ich diesen nämlichen Anzug bestellt habe. Dies würde in diesem Falle erst dann zutreffen, wenn ich bei meiner Rückkehr den Anzug vorfände und ihn z. B. am anderen Tage anziehe und dann weitertrage. Durch dieses Verhalten würde ich zum Ausdruck bringen, daß ich die Leistung als Erfüllung ansehe.

Würde der Anzug vor meiner Rückkunft gestohlen, bevor ich also Gelegenheit hatte ihn zu sehen, so hätte der Schneider noch den Schaden zu tragen; ich brauchte ihm nicht den Preis zu zahlen.

---

[1]) So auch Planck S. 609.

Nun werden natürlich Übergabe und Abnahme in vielen Fällen zusammentreffen. Für diejenigen, die unter Abnahme nichts anderes als körperliche Inempfangnahme verstehen, fällt natürlich der Unterschied überhaupt fort.

Die Abnahme beim Werkvertrag hat aber noch mehr Folgen. Nicht nur die Gefahr geht mit ihr über, auch die Pflicht zur Entrichtung der Vergütung und besonders der Beginn der Verjährung regeln sich nach ihr.

§ 12.

Beginn der Verjährung der Ansprüche.

Auch hier besteht ein Unterschied, je nachdem man sich der einen oder der anderen Auffassung in der Behandlung des Werklieferungsvertrags anschließt. Beim Kauf verjähren nach § 477 die Ansprüche auf Wandlung, Minderung und Schadensersatz bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung an; beim Werkvertrag dagegen richtet sich der Beginn der Verjährung dieser Ansprüche sowie des Nachbesserungsanspruchs nach der Abnahme.[1])

Es kommt nicht darauf an, ob die Mängel entdeckt wurden oder überhaupt damals entdeckt werden konnten. Die Frist beträgt nach § 638 ebenfalls sechs Monate. Sie ist so kurz bemessen, damit nach längerer Zeit nicht auf Mängel zurückgegriffen werden kann, deren Feststellung dann meist schon sehr schwierig ist.[2]) Im Interesse des Verkehrs war die Festsetzung einer so kurzen Frist notwendig; den Parteien ist es aber überlassen, sie vertraglich zu verlängern.

„Die Ablieferung[3]) ist als eine im Einverständnis mit dem Käufer vorgenommene einseitige Handlung des Verkäufers zu betrachten, durch die der Käufer die tatsächliche Möglichkeit erlangt, durch einen streng einseitigen Akt sich sofort den Gewahrsam der Sache zu verschaffen, sie zu untersuchen und darüber zu verfügen."[4]) Ihr Zweck ist Herbeiführung des gekennzeichneten tatsächlichen Zustandes, nicht etwa, Eigentum und Besitz zu übertragen. Sie enthält also nicht wie die Übergabe ein Rechtsgeschäft,

---

[1]) Die Verjährung nach §§ 638, 639 BGB. erklärt beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag für anwendbar RG. v. 21. 12. 1906 im Säch. Arch. 1907 S. 206.

[2]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 238.

[3]) vgl. Oberloskamp S. 48.

[4]) RG. v. 16. 12. 1904 im Recht 1905 S. 78 Nr. 273.

sondern einen tatsächlichen Hergang,[1]) eine einseitige Handlung des Verkäufers. Die Ablieferung kann natürlich mit der Übergabe zusammenfallen, notwendig ist es aber nicht. Durch constitutum possessorium und Vindikationszession sowie Übergabe geschäftlicher Papiere kann sie nicht ersetzt werden, wohl aber durch brevi manu traditio.[2])

Auf die Geltendmachung der Verjährungsansprüche wird von den Werkvertragsbestimmungen auf die Kaufvorschriften verwiesen. Diese sind also hier nicht zu erörtern. Ein Unterschied ergibt sich hier nur aus § 639 Abs. 2. Unterzieht sich nämlich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert.

Sonstige Rechte und Pflichten des Bestellers bezw. Käufers.

Außer diesen Verschiedenheiten weisen die Bestimmungen des Werkvertrags von denen des Kaufs noch eine Reihe weiterer Unterschiede auf, die auch den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare bewegliche Sache treffen, je nachdem man diesen den Regeln des Kaufvertrags oder denen des Werkvertrags unterstellt.

§ 13.

Rechte des Bestellers.

a) Rücktrittsrecht.

Wird beim Werkvertrag das Werk nicht rechtzeitig hergestellt, so hat nach § 636 BGB. der Besteller neben den allgemeinen Befugnissen ein Rücktrittsrecht. Voraussetzung ist also, daß das Werk nicht rechtzeitig geliefert wird, womit eine unerhebliche Verspätung nicht gemeint ist. Ganz gleichgültig ist es, ob den Unternehmer ein Verschulden trifft oder nicht, ob er sich im Verzug befindet

---

[1]) Oertmann S. 398; besonders RG. Bd. 5 S. 31.

[2]) So RG. im Recht 1905 S. 78; Oertmann a. a. O.; Planck S. 385, 4a; Staudinger S. 558, 4a; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 19.

oder ob er durch höhere Gewalt an der rechtzeitigen Lieferung gehindert worden ist. So hätte der Besteller auch das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, wenn z. B. der Handwerksmeister die Bestellung nicht rechtzeitig hat ausführen können, weil er infolge eines allgemeinen Streiks keine Arbeiter zur Verfügung hatte, obgleich ihn selbst hier kein Verschulden trifft und ein anderer wahrscheinlich ebensowenig rechtzeitig hätte liefern können.

Aber Voraussetzung ist doch, daß der Besteller nach § 634 Abs. 1 u. 3 dem Unternehmer eine angemessene Frist gesetzt hat mit der Erklärung, daß er spätere Herstellung ablehnen werde. Wenn der Unternehmer diese ihm gesetzte Frist fruchtlos verstreichen läßt, dann ist der Besteller zum Rücktritt berechtigt.[1])

Die Bestimmung einer Frist ist unnötig, wenn der Besteller ein besonderes Interesse an der sofortigen Lieferung hat. Dies wäre der Fall, wenn er die Anfertigung eines besonderen Maskenkostüms zu einem Ball für einen bestimmten Tag bestellt hat und dieses erst nach diesem Zeitpunkt fertig wird. Überhaupt braucht bei Fixgeschäften der Besteller keine Nachfrist zu setzen.[2]) Auch bei Unmöglichkeit der Leistung oder Verweigerung durch den Unternehmer braucht eine Frist nicht gesetzt zu werden. Der Unternehmer hat nur die Bereicherung herauszugeben (§§ 327, 346—356). Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des Rücktritts, weil er rechtzeitig geliefert habe, so hat er dies zu beweisen (§ 636 Abs. 2).

Ein solches allgemeines Rücktrittsrecht bei nicht rechtzeitiger Lieferung gibt es beim Kauf nicht. Der Käufer kann in diesem Falle nur dann vom Vertrag zurücktreten, wenn §§ 283, 326 u. 361 gegeben sind.[3])

Durch die einseitige Rücktrittserklärung wird der Vertrag rückgängig gemacht; die Ansprüche der Parteien sind ausgeschlossen. Die Ausübung ist nach Maßgabe der §§ 327, 346—356 bei Kauf- und Werkvertrag die gleiche. Diejenigen, die auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Kauf anwenden wollen, können dem Besteller natürlich das Rücktrittsrecht des § 636 nicht zugestehen.

---

[1]) RG. v. 3. 10. 1902 in JurW. 1902 Beil. Bd. 13 S. 275.

[2]) Daß auch bei anderen als Fixgeschäften eine Nachfrist bei verspäteter Lieferung unter Umständen nicht nötig ist, dafür RG. v. 10. 1. 1905 im Recht 1905 S. 136 Nr. 11.

[3]) vgl. Emerich S. 54.

b) Kündigungsrecht.

Aber noch ein anderes Recht gilt für den Werkvertrag, das für den Kauf auch nicht in Betracht kommt; das ist das Kündigungsrecht des Bestellers. Nach § 649 darf nämlich der Besteller den Vertrag ohne Angabe seines Grundes jederzeit bis zur Vollendung des Werkes kündigen. Aber von der Vollendung an ist ihm das Recht genommen, da er nun nach § 640 zur Abnahme verpflichtet ist. Die Kündigung erfolgt einseitig von seiten des Bestellers und wird wirksam, sobald sie dem Unternehmer zugeht. Der Besteller ist trotz der Kündigung aber verpflichtet, die volle vereinbarte Vergütung zu entrichten. Der Unternehmer braucht sich nach § 649 nur das anrechnen zu lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Da die Verpflichtung des Bestellers zur Vergütung bestehen bleibt, schädigt dieses Recht den Unternehmer in keiner Weise. Der Besteller wird es nur ausüben, wenn ihm die Vollendung des Werks nachteilig erscheint, wenn er also die bestellten Sachen nicht brauchen kann und sie ihm nur im Wege wären. In diesem Falle erlangt er dadurch einen Vorteil, daß er das erspart, was Unternehmer noch nicht aufgewandt hat.

So hat man das Recht der Kündigung dem Besteller zugestehen können, ohne daß man hat fürchten müssen, daß es zur Schikanierung des Unternehmers ausgenutzt werden würde.[1])

Anders verhält es sich beim Werkvertrag, wenn die Kündigung wegen wesentlicher Überschreitung des dem Vertrage zugrunde gelegten Kostenanschlags erfolgt (§ 650 BGB.). Ist nämlich ein solcher Anschlag vom Unternehmer oder einem anderen angefertigt worden, ohne daß Unternehmer für dessen Richtigkeit Gewähr geleistet hat, und ergibt es sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so hat der Unternehmer nur einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz seiner Auslagen zu verlangen. Dies ist aus Billigkeitsgründen bestimmt worden; denn gewöhnlich wird der Unternehmer sachkundiger sein als der Besteller; wenn dieser sich auf den Kostenanschlag verläßt, der ihm vorgelegt wird, und sich zur Zahlung des Preises, der in jenem enthalten ist, ent-

[1]) § 649 erklärt bei diesem Vertrage für anwendbar OLG. Jena v. 19. 11. 1904 in Thür. Bl. Bd. 52 S. 235.

schlossen hat, so soll er dadurch nicht so sehr geschädigt werden, daß Unternehmer sich bei der Kostenveranschlagung geirrt hat. Er soll in diesem Falle nicht den vollen Preis zu bezahlen haben, denn sonst würden gewissenlose Unternehmer solche Kostenanschläge leichtsinnig anfertigen, gerade wenn sie es mit Leuten zu tun haben, die nicht sachkundig sind, und dann wäre es sehr unbillig, wenn sie bei wesentlicher Überschreitung doch den vollen Preis zu beanspruchen hätten. Hat der Unternehmer für die Richtigkeit des Anschlags Gewähr übernommen, so hat er natürlich nur die vereinbarte Vergütung zu beanspruchen. Im anderen Falle hat er, sobald eine Überschreitung des Kostenanschlages zu erwarten ist, dem Besteller unverzüglich davon Anzeige zu machen und ihm so zur Ausübung des Kündigungsrechts Gelegenheit zu geben, damit unnötige Kosten vermieden werden. Unterläßt er dies, so wird er schadensersatzpflichtig.

Daß dieses Recht beim Kauf fehlt, liegt in der Natur der Sache. Wer auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag die Werkvertragsbestimmungen nicht anwenden will, schließt auch das Kündigungsrecht des Bestellers bei diesem Vertrage aus.

§ 14.

Pflichten.

Doch sind nicht nur die Rechte des Bestellers ganz gesondert geregelt, sondern das Bürgerliche Gesetzbuch legt diesem auch teilweise andere Pflichten auf als dem Käufer.

a) Die Abnahmepflicht.

Sowohl der Käufer wie der Besteller sind verpflichtet, den Vertragsgegenstand abzunehmen. Wir haben nun oben schon nachgewiesen, daß unter „Abnahme“ beim Werkvertrag etwas ganz anderes zu verstehen ist als beim Kauf. Während wir beim Kauf unter Abnahme nur die körperliche Hinwegnahme durch den Käufer verstanden haben, durch die dieser die Verfügungsgewalt erhält, haben wir beim Werkvertrag noch außerdem das Erfordernis der Annahme als Erfüllung im Sinne des § 363 gestellt. Die Pflicht des Bestellers zur Abnahme unterscheidet sich also ganz wesentlich von der des Käufers.

Nicht zu verwechseln mit der Abnahmepflicht ist die Pflicht zur Annahme des Werks, die §§ 373, 374 HGB. auch für den

handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag aufstellen. Während die Abnahme der Übergabe entspricht, ist die Annahme das Gegenstück zur Ablieferung.

An die Abnahme beim Werkvertrag sind nach dem Gesetz mehrere höchst wichtige Wirkungen geknüpft. Hat der Besteller das Werk abgenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er behauptet, die Leistung sei eine andere als die geschuldete. Wie oben schon dargelegt, geht aber auch die Gefahr mit dem Zeitpunkt der Abnahme auf den Besteller über; der Beginn der Verjährung der Ansprüche und die Verzinsung der Vergütung regeln sich nach ihr; ebenso verliert der Besteller die Ansprüche aus bekannten Mängeln, falls er sie sich nicht bei der Abnahme vorbehalten hat.

b) Die Pflicht des Bestellers zur Mitwirkung.

Neben der Pflicht zur Abnahme kann beim Werklieferungsvertrag auch eine Pflicht des Bestellers zur Mitwirkung bei der Herstellung bestehen, obwohl dies gewöhnlich nicht der Fall sein wird. Man denke z. B., daß der Besteller eines Porträts nicht zu den Sitzungen erscheint.[1]) Durch dieses Unterlassen kommt Besteller in Annahmeverzug nach §§ 293 ff., wenn die Voraussetzungen für den Gläubigerverzug gegeben sind. Der Besteller kann zwar nicht gesetzlich zur Mitwirkung gezwungen werden; er ist nur zur Abnahme des fertigen Werkes verpflichtet, nicht aber zu einer Handlung, die zur Herstellung des Werkes erforderlich ist. Dadurch, daß er seine Mitwirkung hierzu verweigert, verhindert er zwar die Abnahme, doch treffen ihn gewisse Nachteile. „Die Anwendung des § 326 ist ausgeschlossen; denn das Gesetz hat in den §§ 642, 643, 645 besondere Bestimmungen für diesen Fall getroffen und so gezeigt, daß § 326 nicht anzuwenden ist.“[2]) Diese besonderen Bestimmungen waren auch nötig, weil man dem Unternehmer nicht zumuten konnte, sich jederzeit zur Leistung zur Verfügung zu halten, sobald es dem Besteller paßte, wozu ihn sonst die Vorschriften über Gläubigerverzug gezwungen hätten.

Nach § 642 kann deshalb der Werklieferant vom Besteller eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn dieser durch Unterlassen einer Handlung, die zur Herstellung erforderlich ist, in An-

---

[1]) Fischer-Henle zu § 642.

[2]) RG. Bd. 53 S. 224; Fischer-Henle zu § 642.

nahmeverzug kommt. Die Höhe der Entschädigung richtet sich nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung sowie nach demjenigen, was Werklieferant durch andere Arbeit erspart. Daneben gewährt § 643 dem Unternehmer ein Kündigungsrecht, das er unter Setzen einer angemessenen Nachfrist ausüben kann. Holt der Besteller innerhalb der Frist die Handlung nicht nach, so gilt der Vertrag vom Fristablauf an für aufgehoben. Für die schon geleistete Arbeit ist der entsprechende Teil der Vergütung nach § 645 zu entrichten. Auf den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag findet natürlich auch § 375 HGB. Anwendung. Hiernach ist Besteller, sobald ihm die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist, verpflichtet, diese Bestimmung zu treffen. Dies würde für unseren Vertrag z. B. dann in Betracht kommen, wenn sich jemand einen Anzug bestellt, sich die nähere Bestimmung über die Form und Art der Verarbeitung aber vorbehält. § 375 HGB. regelt natürlich nur einen Spezialfall, der Unterlassung der Mitwirkung des Bestellers, im übrigen greifen §§ 642, 643, 645 BGB. Platz.

Beim Kauf ist natürlich von einer Pflicht zur Mitwirkung bei der Herstellung in diesem Sinne nicht die Rede.

c) Pflicht zur Entrichtung der Vergütung.

Die wichtigste Verpflichtung des Käufers und Bestellers ist neben der Abnahme zweifellos die zur Entrichtung der Vergütung. Beim Kauf ist es notwendig, daß diese in Geld besteht, während sie beim Werkvertrag auch in einer anderen Leistung bestehen kann. Sie braucht nicht besonders vereinbart zu sein, doch gilt sie beim Werkvertrag als stillschweigend vereinbart nach § 632, wenn die Leistung nur gegen eine Vergütung zu erwarten war. Die Höhe bestimmt sich mangels Vereinbarung nach der Verkehrssitte. Ausdrücklich bestimmt das Gesetz in § 641, daß die Vergütung bei der Abnahme zu entrichten ist; findet eine solche nicht statt, so tritt der Zeitpunkt der Vollendung nach § 646 an deren Stelle. Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist diese für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten. Bei dem Kauf findet sich eine solche Bestimmung nicht.

Der Kaufpreis ist von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, von dem die Nutzungen der Sache dem Käufer zustehen, d. i. von der

Übergabe ab, beim Werkvertrag dagegen von der Abnahme an, sofern keine Stundung gewährt ist. Beim beiderseitigen Handelsgeschäft sind fünf Prozent Zinsen schon vom Fälligkeitstage an zu gewähren (§ 353 HGB.); in diesem Falle wäre kein Unterschied zwischen Kauf- und Werkvertrag.

§ 15.

Zusammenfassung.

Wenn wir nun die mannigfachen Verschiedenheiten betrachten, die sich ergeben, je nachdem man den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über Nichtfungibilien nach den Kauf- oder nach den Werkvertragsvorschriften behandelt, so werden wir zugeben müssen, daß es notwendig ist, die Werkvertragsbestimmungen auf den Vertrag anzuwenden. Diese sind in sehr vielen Fällen weit geeigneter und treffender als die entsprechenden Kaufvorschriften. Schon das Nachbesserungsrecht, das nach dem Werkvertrag dem Unternehmer stets zusteht, kann beim handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag unter keinen Umständen entbehrt werden. Denn wenn dieses Recht schon dem Unternehmer beim Werkvertrag zusteht, der doch keinen Stoff gegeben hat, sondern nur seine Arbeit auf die Herstellung des Werkes verwandt hat, um wie viel mehr müssen wir es dem Werklieferanten zubilligen, der außer seiner Arbeit noch größere Auslagen durch die Stoffbeschaffung gehabt hat! Sollte er dessenungeachtet sofort zur Einwilligung in die Wandlung verpflichtet sein und alle seine Mühe und Auslagen vergeblich aufgewandt haben, weil sich ein Fehler beim fertigen Werk vorgefunden hat, den er nicht einmal verschuldet zu haben braucht, den er vorher nicht hat erkennen können und zu dessen Beseitigung er innerhalb einer angemessenen Frist imstande und auch bereit ist?

Und wie passend sind auch die anderen Vorschriften des Werkvertrags auf dieses Geschäft, so z. B. das Kündigungsrecht des Bestellers. Warum sollte hier der Besteller das Werk, das noch in Arbeit ist und an dessen Fertigstellung und Lieferung er kein Interesse mehr hat, nicht kündigen dürfen, wenn er bereit ist, dem Unternehmer die Vergütung zu leisten? Sollte er doch gezwungen werden können, es abzunehmen, obwohl ihm z. B. der Raum für das Werk fehlt?

Wir sehen, wenn wir die Verschiedenheiten ins Auge fassen, die Kauf- und Werkvertrag aufweisen, um so deutlicher, daß die Ansicht richtig sein muß, die wir in Teil 1 ausgeführt haben, daß § 381 Abs. 2 HGB. also die Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Werkvertrag nicht ausschließt, sondern daß § 651 BGB. auch für den handelsgeschäftlichen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare bewegliche Sache Geltung hat.